La valoración de la prueba

Jordi Nieva Fenoll

proceso y derecho



Colección

Proceso y Derecho

Jordi Nieva Fenoll (dir.)
Michele Taruffo (dir.)

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

JORDI NIEVA FENOLL

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2010

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9123-136-3

A mi querido Profesor René Molina Galicia, procesalista venezolano, en reconocimiento a su ciencia, erudición derivada de la constante lectura, entrañable amistad, humildad y sentido de la generosidad.

ÍNDICE

Pág.

PRÓLOGO

Como destaca el propio autor en las primeras páginas del libro, muchos especialistas de la doctrina del proceso civil y del proceso penal se han ocupado, más o menos extensamente, del problema fundamental de la valoración de la prueba. Pero ningún procesalista ha dedicado a este problema un tratamiento monográfico específico. Además, y con la única y reciente excepción del libro de Jordi Ferrer Beltrán sobre La valoración racional de la prueba *(Marcial Pons, 2007), ha existido una casi total desatención de los teóricos y filósofos del Derecho, pese a que el tema de la prueba en general, y en particular de su valoración, está lleno de implicaciones filosóficas y metodológicas. Otro límite que se deja sentir en la numerosa —aunque fragmentaria— bibliografía sobre la cuestión es que, habitualmente, los autores sitúan sus consideraciones en un nivel elevado de abstracción y de generalidad, descuidando los problemas más relevantes que surgen de la valoración específica de los diversos medios de prueba, o incluso liquidan el problema en pocas líneas, haciendo referencia simplemente a la convicción del juez. El panorama que resulta de todo ello es, por consiguiente, diversificado, y muchas veces incoherente también por la presencia de orientaciones metodológicas diversas, aunque sobre todo se caracteriza por las lagunas e insuficiencias, a menudo gravísimas. En una palabra: sobre la valoración de las pruebas muchos han escrito mucho, pero no se han tratado otros muchos aspectos todavía más numerosos —y con frecuencia importantes—. O se han tratado, pero de manera inadecuada.*

Jordi Nieva Fenoll escribe este libro con la declarada ambición de poner remedio a este estado de cosas, por un lado clarificando aquello que se ha escrito sobre el tema y que era confuso, y por el otro ofreciendo un cuadro probablemente completo de los numerosos temas que componen la «valoración de la prueba». Con este objetivo, el autor tiene en cuenta diversas perspectivas: la teoría general y la historia, la aplicación práctica, la exposición crítica del pensamiento de otros autores y la propuesta de soluciones originales.

La lectura del libro demuestra que los objetivos prefijados por el autor se han alcanzado sustancialmente: el tratamiento es orgánico y completo, rico en indicaciones, argumentos y puntos de reflexión.

Dado que la finalidad de este Prólogo *no es ahorrar al lector el trabajo de leer el libro, sino de invitarlo a leerlo con atención en todas sus partes, no viene al caso realizar un resumen de sus contenidos. Antes que eso, vale la pena indicar aquellos aspectos que, en la opinión de quien escribe este prólogo, son los más interesantes de la obra.*

Debe destacarse sobre todo el capítulo II, que contiene un sintético, aunque claro, análisis histórico del problema, en el que se muestran con precisión las numerosas vicisitudes que ha tenido aquello que hoy se conoce con la denominación de «principio de libre valoración de la prueba», reconduciendo la prueba legal a su papel de fenómeno sobre todo doctrinal, e históricamente limitado.

Muy interesante, y sobre todo muy útil para quien no conozca analíticamente estos temas, es el capítulo III, en el que se analizan las cinco principales perspectivas a través de las cuales se ha afrontado el problema de la valoración de la prueba. Temas que con frecuencia son complejos, se presentan con síntesis claras y documentadas, con valoraciones equilibradas y bien argumentadas que permiten al lector captar lo que de positivo —y también lo que de erróneo o dudoso— tienen las diversas teorías que han intentado explicar el razonamiento del juez sobre las pruebas.

La principal pars construens *del libro está concentrada en el capítulo IV, en el que se debaten los aspectos principales de la actividad del juez al poner en práctica su razonamiento. En este punto el autor propone un esquema racional que puede ser muy útil al juez para organizar sus operaciones valorativas, pero sobre todo analiza y debate los problemas de mayor calado que surgen del desarrollo de estas operaciones, de la falta de una preparación profesional específica del juez (el autor habla de la situación en España, pero se podrían realizar comentarios análogos sobre la formación del juez en muchos otros países), de los riesgos de vulneración del principio de imparcialidad del juez, del papel activo del juez en la recogida de las pruebas —también de las que no hayan sido aportadas por las partes— y del necesario papel de racionalización del juicio —*ex ante *y* ex post*— que desempeña la motivación de la sentencia.*

Finalmente se encuentra un extenso capítulo V, en el cual el autor afronta analíticamente los numerosos problemas que caracterizan la valoración de cada medio de prueba específicamente. El listado de los puntos relevantes que se hallan en esta parte del libro pudiera parecer extenso y prolijo, si no fuera porque debe subrayarse que justamente ésta es la parte en la que el práctico del Derecho podrá encontrar útiles orientaciones y criterios para una utilización correcta de cada prueba.

Dos observaciones a modo de conclusión. La primera: como todos los —pocos— libros bien escritos, esta obra ofrece una gran cantidad de informaciones y de argumentos, pero también numerosos reclamos para reflexiones ulteriores. Como todos los libros bien escritos, constituye por supuesto la conclusión de una investigación y el punto de partida para otras investigaciones. La segunda: como todos los —pocos— libros escritos por autores «que piensan», este libro refleja también opciones metodológicas, opiniones, juicios de valor a través de los cuales se identifica al autor y que determinan las peculiaridades de

su propia perspectiva. Por supuesto, ello no excluye divergencias de opinión y posibles desacuerdos, o preferencias diversas, pero un buen libro siempre constituye una ocasión útil para profundizar en los propios conocimientos y reflexiones, sobre todo en la medida en que expresa opiniones precisas y bien argumentadas.

Michele Taruffo

INTRODUCCIÓN

La valoración de la prueba es una actividad jurisdiccional muy relevante y extraordinariamente compleja, que puede ser muy fácilmente víctima de la superficialidad de una labor judicial mal llevada a cabo. No se trata de la actividad esencial del proceso, puesto que en no pocos casos la discusión entre las partes es simplemente sobre la interpretación del Derecho, no suscitándose cuestión probatoria alguna, sobre todo en el ámbito civil [1]. La referida actividad esencial es, en realidad, el juicio jurisdiccional en su conjunto, y en el mismo la valoración de la prueba no es más que un episodio importante, pero que no siempre aparece.

Con respecto a la valoración de la prueba existe, poco más o menos, un acuerdo doctrinal en cuanto a lo que es. Con independencia de lo que se dirá después, puede manifestarse ahora provisionalmente que la valoración de la prueba es la consideración por parte del juez de los materiales que intentan demostrar los hechos deducidos en el proceso. Se trata de describir y examinar esa actividad judicial que interioriza esa demostración para expresarla posteriormente, con mayor, menor o ningún acierto, en la motivación del juicio jurisdiccional. En cualquier caso, esa actividad intelectiva permite al juez dictar sentencia cuando existen hechos dudosos. Es la parte final de aquello que la Partida III describió tan acertadamente como el «*averiguamiento que se faze en juyzio, en razon de alguna cosa que es dubdosa*» [2]. Se trata de la culminación de ese «averiguamiento», del examen del juez del resultado de los medios de prueba.

Sin embargo, el enfoque desde el que ha sido estudiada difiere muchísimo entre la veintena aproximada de autores que hasta ahora se han dedicado

[1] A. Nack, «Der lndizienbeweis», *MDR*, 5, 1986, p. 366, calcula el porcentaje de porcentaje de litigios que se resuelven sin discusión probatoria en un 30 por 100 en el ámbito civil, y en un 5 por 100 en el penal, derivando esta cifra de un informe de 1980 del *Institut für Rechtstatsachenforschung in Stuttgart*. *Vid.* también sobre este informe U. Hansen, «Der Indizienbeweis», *JuS*, 1992, p. 327.

[2] Partida III, tít. XIV, Ley 1.

a analizar monográficamente y en profundidad la cuestión. De manera que no hay prácticamente coincidencia en la manera de abordar o incluso de describir el problema. Citando simplemente el detalle de la obra de esos autores, se aprecia esa falta casi total de coincidencia.

Los trabajos que ENDEMANN [3] publicó durante dos años en el *Archiv für die Civilistische Praxis* en el siglo XIX, pretendieron dar un impulso a la prueba libre como reacción a la prueba legal. Hecha la definición del concepto en el primer trabajo, en los siguientes se dedicó a describirlo por medios de prueba. Para completar la obra de este autor es muy útil leer a PERBAND [4], quien limitándose a un estudio histórico de la jurisprudencia del *Reichsgericht*, nos describe qué sucedió en los años posteriores con el concepto desde ese punto de vista. Un enfoque del todo similar es el de NOBILI [5]. Dicho autor describe la evolución histórica de la prueba legal a la prueba libre, y tras ello realiza un análisis jurisprudencial por medios de prueba.

Con todo, los autores posteriores a ENDEMANN intentaron ir, en general, bastante más allá. WALTER [6], tras estudiar la historia, la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia, dedica un breve capítulo intermedio al estudio de la verdad y la probabilidad, analizando después el problema de los grados de prueba (*Beweismaß*), concluyendo con una referencia al conocimiento privado del juez y a las prohibiciones de prueba. Una empresa parecida acomete SCHMITT [7], quien tras el estudio histórico y un breve tratamiento de la «libre valoración», aborda un análisis de las máximas de experiencia, descendiendo incluso a algunas de ellas de carácter científico. Un enfoque similar es compartido por CABAÑAS GARCÍA [8], autor que tras hacer una exposición de los niveles de certeza, de las máximas de experiencia, de los sistemas de valoración de la prueba y de las presunciones, centra su explicación finalmente en la libre valoración, estudiando su control a través de los recursos, así como la motivación. JIMÉNEZ CONDE [9] limitó su estudio a la prueba legal, pero aun y así trata el concepto de «verdad», además de la naturaleza jurídica de las normas de prueba legal, centrándose finalmente en el error de la apreciación de las pruebas y su control en casación. SCHNEIDER [10], por último, comienza por una descripción teórica de la libre valoración, y tras ello se centra en la averiguación de los daños, las presunciones y la motivación. Acabada esa tarea, analiza la valoración de cada medio de prueba.

---

[3] W. ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung im Civilprozesse», AcP, núm. 41 (1858), pp. 92 y ss. «Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41 (1858), pp. 289 y ss. «Die freie Prüfung des Zeugenbeweises», *AcP*, núm. 42 (1859), pp. 246 y ss. «Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 1 y ss. «Der Eid bei freier Beweisführung», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 349 y ss.

[4] M. G. PERBAND, *Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Zivilprozess (§ 286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Frankfurt am Main, 2003.

[5] NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

[6] G. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979.

[7] B. SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, Lübeck, 1992.

[8] J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1992.

[9] F. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978.

[10] E. SCHNEIDER, *Beweis und Beweiswürdigung: unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses*, München, 1994.

Otros autores se concentran más bien en uno o en otro de los aspectos ya citados. Están, en primer lugar, los autores que se dedicaron al estudio práctico de las presunciones como pretexto para hablar de la valoración de la prueba. Y en ese contexto se enmarca la obra de DÖHRING [11], quien hizo en realidad un tratado de indicios, exponiendo una estructura para ordenar el razonamiento judicial muy filosófica y poco tangible, aun pretendiendo ser práctica. Algo parecido ha representado la labor emprendida en sus obras por MUÑOZ SABATÉ [12] que, pese a tener una importante parte general explicativa de todo su sistema y muy útil en la práctica, finalmente vuelve al enfoque del tratado de indicios [13], al hacer gravitar todo su razonamiento sobre las presunciones [14]. HEESCHER [15], en su tesis doctoral, intentó un nuevo acercamiento a la materia, aunque muy descriptivo, del estado de la cuestión por la naturaleza del trabajo, centrándose finalmente en el estudio de las máximas de experiencia.

Otro grupo de autores, abandonando paulatinamente el enfoque indiciario, centran su trabajo en los aspectos epistemológicos de la cuestión. En este grupo podría situarse la obra de GREGER [16] al estudiar la verdad y la probabilidad, enfocando el problema tras ello hacia los grados de prueba, concluyendo con el análisis de la valoración de la prueba en supuestos de hecho concretos. Parecida perspectiva es la de EGGLESTON [17], que centra su estudio, precisamente, en el concepto de «probabilidad». Al igual que EVERS [18], que estudia la «verosimilitud» a través de los grados de la misma, aplicando las conclusiones a los diversos medios de prueba. TARUFFO [19], por su parte, no pretende escribir una monografía sobre valoración de la prueba, pero realiza un estudio de enorme valor para la descripción del concepto, analizando las nociones de verdad, verosimilitud y probabilidad, además de hacer una útil descripción de los tipos de «hecho» que pueden existir, para finalmente explicar la valoración como una selección de hipótesis derivadas de la práctica de la prueba, describiendo con precisión ese proceso gnoseológico, y dedicando por fin un extenso capítulo al concepto de prueba jurídica, su regulación y su control. FERRER BELTRÁN [20], entrando ya por completo en ese enfoque sustancialmente epistemológico, tras un análisis de los márgenes legales y limitaciones objetivas de la «prueba», pone el acento en su raciona-

---

[11] E. DÖHRING, *La prueba, su práctica y apreciación*, trad. Banzhaf, Buenos Aires, 1964.

[12] L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, Barcelona 1967. *Tratado de probática judicial*, Barcelona, 1992.

[13] Lo que se demuestra muy claramente en L. MUÑOZ SABATÉ, *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, Madrid, 2008.

[14] L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, 3.ª ed., Barcelona, 1993, p. 20. Enfoque que comparte con R. BENDER y A. NACK, *Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre*, Deutsche Richterzeitung, 1980, p. 121.

[15] H.-D. HEESCHER, *Untersuchungen zum Merkrnal der freien Überzeugung in § 286 ZPO und § 261 StPO. Versuch einer Neubestimmung*, Münster, 1974.

[16] R. GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit, Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen*, Erlangen-Nürenberg, 1978.

[17] R. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, London, 1983.

[18] A. EVERS, *Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung*, Freiburg, 1979.

[19] M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. Ferrer, Madrid, 2002.

[20] J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.

lidad, estudiando brevemente el momento de la recogida de la prueba para adentrarse en la valoración analizándola a través del concepto de «probabilidad», realizando un breve pero interesante estudio de los estándares de prueba. Aun concurriendo diferencias en el tratamiento, el enfoque citado es compartido en realidad por IGARTUA SALAVERRÍA [21], que trató el concepto para el proceso penal relacionándolo con el de presunción de inocencia, profundizando en la significación teórica del mismo, analizando también el control de la valoración en casación y examinando, finalmente, la problemática de la motivación. Por último, GASCÓN ABELLÁN [22] comparte también el enfoque epistemológico, tratando el conocimiento de los hechos y los condicionantes judiciales en el mismo, para concluir su obra, igual que el autor anterior, con un estudio sobre la motivación.

Por último, BENDER, NACK y TREUER [23] son tres jueces que someten la problemática a otra perspectiva, en realidad, bastante distinta. Estos tres autores realizan un interesante estudio enfocado hacia la psicología, aunque sin perder la perspectiva jurídica, empezando por una teoría de la credibilidad centrada en la descripción del «error», la «mentira» y sus motivaciones, sobre todo en las declaraciones de personas. Pero tras ello recaen en el estudio de las presunciones y la verosimilitud para dedicar ya el resto de su obra (prácticamente la mitad) a supuestos concretos de prueba testifical, ahondando en la técnica del interrogatorio y limitando, por tanto, sus conclusiones a este medio de prueba.

Por ello, pese a que la conclusión en cuanto a la definición básica del concepto pueda ser análoga entre los estudiosos, la manera de llegar a él —si es que se pretendía eso— ha sido muy distinta, lo que creo que ha contribuido, por desgracia, a la desorientación de los jueces, pero de manera involuntaria, sin que ésa fuera en absoluto la intención de la doctrina, todo lo contrario. Además, la valoración de la prueba ha sido una temática que no solamente han abordado procesalistas, sino también penalistas, civilistas, filósofos [24], psicólogos y hasta matemáticos [25]. No debe extrañar que, por ello, las conclusiones sean muy dispersas y los esquemas de estudio tan sumamente dispares.

Falta, por tanto, un estudio global, que sin resumir necesariamente lo que han dicho otros, aproveche los frutos de las diferentes perspectivas de acercamiento al problema para comprobar, finalmente, si se puede ofrecer

---

[21] J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995.

[22] M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, 2004.

[23] R. BENDER, A. NACK y W.-D. TREUER, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München, 2007.

[24] *Vid.* D. AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, 1997, pese a que la parte dedicada a la prueba sea ciertamente mínima en la obra.

[25] No es que estos autores sean propiamente matemáticos, porque son juristas, pero su enfoque probabilístico es esencialmente estadístico, siendo considerados pioneros en la materia. M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A Bayesian Approach to identification evidence», *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, pp. 489 y ss. M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A comment on "Trial by Mathematics"», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1801 y ss. M. O. FINKELSTEIN, *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*, 2009.

una explicación del mecanismo de valoración de la prueba que sea útil en la práctica.

Y en ese estudio es bastante relevante el relato, aunque sea sucinto, de la historia de la valoración, destacando principalmente sus puntos de inflexión a lo largo del tiempo, sobre todo para no volver a cometer viejos errores. El enfoque epistemológico es muy útil para comprender cómo se formaron los juicios ya realizados, pero sirve en realidad de muy poco cuando se trata de valorar la prueba, aunque siga siendo importante a la hora de ordenar la motivación. Pero es que la motivación es un momento simultáneo o posterior a la valoración, pero nunca anterior a la misma. Y, por ello, la descripción de la motivación tiene importancia para ayudar al juez a explicar su valoración de una forma más clara y garantista. Pero la actividad valorativa pertenece a un esquema distinto al de la motivación, que sólo es su expresión explicativa final. Lo veremos más adelante.

Por otra parte, sin salir de ese mismo enfoque, la reflexión sobre los conceptos de «verdad», «verosimilitud», «probabilidad» y sus diferentes derivaciones, son en realidad, pese a su valor doctrinal y dificultad, estudios filosóficos con escasa trascendencia práctica, y además han ocasionado que parte de la doctrina haya caído en grandes errores. Siendo imprescindible la persecución de la verdad, o al menos un acercamiento a ella a través del descubrimiento del *id quod plerumque accidit*, se ha negado con gran contundencia hasta que la averiguación de la verdad fuera una finalidad de la jurisdicción, por considerarla imposible [26], prácticamente peligrosa y hasta políticamente inconveniente. Aunque es obligado cuestionarse dónde queda el concepto de «flagrancia», es decir, aquello que es «de tal evidencia que no necesita pruebas» [27], si la verdad no se puede obtener en un proceso. Me pregunto cómo podemos negar que en un proceso seamos capaces de declarar hechos indiscutiblemente ciertos, si tenemos la evidencia delante de nosotros mismos, como ocurre cuando el juez ve un cadáver con evidentes signos de violencia incompatibles con la vida y, coherentemente, declara la existencia de la muerte. No se trata en el proceso de construir una verdad ficticia, una verdad procesal que, se quiera o no, nos volvería a hacer recaer en el esquema verdad-formal/verdad-material que tanto costó superar y que, de hecho, surgió de la simple y obvia constatación de que con las pruebas legales no siempre se obtenía la verdad en el proceso, como veremos después. De lo que se trata es de que el juez pueda acercarse a los hechos tal y como efectivamente sucedieron de la manera más estrecha posible, reconociendo expresamente sus limitaciones, evidentemente.

Y ése es justamente el objetivo de la valoración de la prueba, y no puede ser otro. Podría afirmarse que el objetivo del juicio jurisdiccional fuera la resolución de un conflicto [28], aunque ello sea muy discutible, polémico como es

---

[26] M. Serra Domínguez, «Contribución al estudio de la prueba», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 357.

[27] Según la definición del DRAE.

[28] *Vid.* F. Carnelutti, «Lite e processo», pp. 21 y ss.; «Il concetto di lite nel processo penale», pp. 47 y ss.; «Ancora sulla lite nel processo penale», pp. 53 y ss., los tres estudios en *Studi di Diritto Processuale*, Padova, 1939.

sobradamente sabido[29], y hasta diría que fácilmente rebatible. Pero aun y así, la resolución de un conflicto podría ser incluso el objetivo de la motivación. Sin embargo, la finalidad de la valoración probatoria, aisladamente considerada, no puede ser otra que el acercamiento, en la medida de lo posible, a la verdad de los hechos, porque lo contrario sería asumir que el proceso puede convertirse en un elegante mecanismo para falsear la realidad, o bien que la falseamos y nos quedamos tan tranquilos porque si resolvemos un conflicto, eso sería lo más importante. Nada más lejos de la realidad. Eso no puede ser así ni jurídica, ni social, ni moralmente ni desde ningún punto de vista. Sin tener que llegar forzosamente a la *ultima ratio* del Derecho Penal, medios tiene el Derecho, como por ejemplo la revisión de procesos concluidos con sentencia firme, precisamente para evitar que ello pueda ser así. También será analizado este punto más adelante.

Creo que el haber perdido esa perspectiva de la persecución de la verdad, o el comprensible temor a acercarse a la misma, ha hecho que los enfoques doctrinales sean tan sorprendentemente dispares en esta materia, hasta el punto de que cuesta bastante agruparlos por tendencias más o menos coherentes, como se acaba de ver. Por el contrario, si se recupera sin ninguna clase de condicionantes la idea de que la finalidad de la valoración de la prueba es la averiguación de la verdad —como concepto vulgar y no filosófico— en la medida de lo jurídico y humanamente posible[30], el esquema se puede simplificar notablemente y todos los esfuerzos doctrinales pueden ser útiles, en el fondo, para diferentes fases del estudio. Lo veremos más adelante.

En cualquiera de los casos, el resultado final de este trabajo tiene que ser un esquema útil para que los jueces puedan valorar la prueba de manera reflexiva, pero de una manera sencilla con un método unificado que no les provoque dudas, y que no les permita inclinarse hacia un juicio tan inductivo como el que ahora se observa en tantísimas resoluciones judiciales en las que, como es sabido, primero se escribe el fallo y tras él la motivación. Hay que conseguir que los jueces puedan valorar la prueba de la manera más objetiva posible, sabiendo de antemano lo que puede dar de sí cada medio de prueba y cuáles son, con precisión, los problemas que pueden hallar a la hora de percibir los resultados. Sólo de esa forma dejarán de pensar que un testigo miente sistemáticamente, aunque luego, en realidad, crean en su declaración de manera mucho más frecuente a lo que se cree, como veremos más adelante[31]. Sólo de ese modo podrán escuchar a una parte o a un testigo, siendo plenamente conscientes de que las personas pueden mentir,

---

[29] Calamandrei, «Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti», *Opere Giuridiche*, vol. 1, pp. 427 y ss. Serra Domínguez, «Jurisdicción», cit., p. 35.

[30] Decía Serra Domínguez, «Contribución al estudio de la prueba», cit., p. 358: «... el fin de la prueba consiste en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos».

[31] Cfr. Denti, *Le prove nel processo civile*, Milano, 1973, pp. 65-67. G. Reinecke, «Die Krise der freien Beweiswurdigung im Zivilprozeß oder über die Schwierigkeit, einem Zeugen nicht zu glauben», en *MDR*, 1986, p. 631, basándose en el informe de 1980 del Institut für Rechtstatsachenforschung in Stuttgart, afirmó que en una muestra de 1.400 declaraciones testificales, el testigo dejó de ser creído solamente en 65 ocasiones, lo que supone que los jueces consideraron creíbles un 95 por 100 de las declaraciones testificales. Ello contradice claramente el tópico más extendido. Pero el dato es de tal contundencia que no puede ser ignorado en absoluto.

ciertamente, pero también pueden equivocarse y que son incluso capaces hasta de decir la verdad... Sólo de esa manera podrán valorar críticamente lo que dice un perito, y no valorarlo según quién le haya contratado, o bien creyendo de manera global lo que dice su dictamen. Sólo con tal perspectiva dejarán de rechazar sistemáticamente la práctica del reconocimiento judicial, cuando provoca desplazamiento. Quiero decir con todo ello que sólo siendo conscientes de todo lo que puede influir en cada caso concreto, será posible que los jueces eviten los juicios de valor apriorísticos que impiden una debida valoración de la prueba, precisamente porque son realizados mucho antes de la misma.

La empresa no es sencilla y solamente puede acometerse describiendo brevemente con carácter previo cuál ha sido la trayectoria de la valoración judicial de la prueba hasta el momento actual. También debe determinarse qué utilidad pueden tener los enfoques que hasta ahora la doctrina ha intentado ofrecer a fin de conseguir la «piedra filosofal» para una correcta valoración de la prueba. Y ello porque normalmente no se ha obtenido ese logro, puesto que a la vista está la enorme dispersión de los criterios judiciales a lo largo y ancho del mundo y que, en general, sólo suelen coincidir en una cosa: en su frecuente superficialidad, sólo evitada por algunos brillantes juzgadores que han conseguido alejarse del antiguo análisis *prima facie* de cualquier prueba.

Tras esa primera descripción, será el momento de ofrecer las bases previas de una adecuada actividad probatoria. Y finalmente deberá proponerse un sistema de actuación sin el que toda la mecánica de la valoración no puede funcionar. Exponer listados de indicios o indagar en las técnicas de los interrogatorios es lo más que se ha hecho hasta el momento y, sin duda, es lo que más ha podido ayudar a muchos jueces. Consiste en no perder ese enfoque práctico, pero sin caer en el casuísmo de las taxonomías indiciarias, o de la avalancha de datos a tener en cuenta a la hora de elaborar un interrogatorio eficaz, que además puede demostrar su completa ineficacia si la actitud del declarante no acaba siendo la esperada *a priori*. Hay que huir de esos esquemas particularistas señalando cuál debe ser la mecánica general que puede funcionar para cualquier medio de prueba, concretándola después en los mismos para demostrar las conclusiones. Con ello, si el estudio llega, a juicio del lector, a un punto satisfactorio, el trabajo habrá concluido.

Antes de empezar quisiera advertir de que el enfoque de esta obra es eminentemente interdisciplinar, porque creo sinceramente que no se puede acometer la temática de este trabajo desde un único punto de vista. Y es que no debe olvidarse que la valoración de la prueba es una actividad que debe estar dominada por la lógica, pero que se ve condicionada por la psicología del pensamiento que describe la percepción judicial, así como por la sociología que desvela el entorno del juez. Por otra parte, la valoración de cualquier prueba no puede ignorar datos objetivos que ocasionalmente puedan ingresar en el proceso, como los provenientes de la estadística. Y, por último, debe señalarse muy claramente que la valoración de la prueba viene precedida y acompañada de un *iter* innegablemente jurídico, y cuyo resultado posee

una trascendencia también jurídica que no es posible en absoluto ignorar y sobre la que creo innecesario extenderme, dada su obviedad. Para la lectura de esta obra, y creo que de cualquiera sobre la prueba, debería tenerse muy en cuenta este múltiple enfoque sin el que creo que la observación no es más que incompleta, y corre el riesgo de ser desacertada.

I. IDENTIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

A pesar del acuerdo bastante general en cuanto a la noción de «valoración de la prueba», es necesario precisar el contenido y terminología de dicha noción, a fin de que no se confunda con otras fases del juicio jurisdiccional, como por ejemplo la motivación, que sin duda tiene una extraordinaria relevancia en cuanto a la explicación de la actividad probatoria realizada, pero que desde luego no es la valoración de la prueba en sí misma considerada, como ya quedó dicho anteriormente.

Concluido este breve capítulo y con el concepto ya plenamente identificado, estaremos en condiciones de seguir su recorrido histórico en las páginas que seguirán a las presentes.

1. DESCRIPCIÓN PRELIMINAR DEL CONCEPTO E IDENTIFICACIÓN PRECISA DE LA FASE PROBATORIA A ESTUDIAR

Se han realizado diversos intentos de clasificar la actividad probatoria. Uno de las más originales fue emprendido por SERRA DOMÍNGUEZ [1], quien distinguió entre el periodo de conversión y el periodo de comparación [2]. El primero de los dos se dividiría en la fase de traslación y la fase de fijación. En la primera de dichas fases, a través de los medios de prueba, se trasladarían los hechos de la realidad al proceso, para que el juez pueda considerarlos. En la segunda, el juez valoraría el resultado de los medios de prueba a través de las máximas de experiencia, puesto que como afirma el Prof. SERRA, no

---

[1] SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», cit., pp. 355 y ss.

[2] En el que el juez compara sus propias conclusiones con las afirmaciones de las partes. Y si el juez careciere de conclusión, entonces se aplicarían las reglas de carga de la prueba, siempre según SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», cit., p. 365. También en un sentido muy similar L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB y P. GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, München, 2004, p. 765.

se trata de «valorar jurídicamente, sino más bien psicológica y humanamente» [3]. Y, por ello, el juez al valorar utilizará instrumentos humanos, las llamadas «máximas de experiencia», las *Erfahrungssätze* de STEIN, denominación que hizo fortuna a pesar de que ni su autor estuviera muy convencido de la misma [4], y que quizás estaba inspirada en la obra de KANT [5]. Sea como fuere, si las máximas están escogidas por el legislador, prosigue el Prof. SERRA, estaremos ante la valoración legal. De lo contrario, la valoración será libre [6].

Por tanto, en conclusión, siguiendo al Prof. SERRA, la valoración de la prueba sería el examen crítico de los medios de prueba, siempre con máximas de experiencia, impuestas por la ley o deducidas por el juez. Ése es justamente el momento del *iter* probatorio objeto de nuestro estudio.

La citada identificación no difiere, en general, de la que realizan otros autores. MONTERO AROCA [7], siguiendo a CALAMANDREI [8] —al igual que GÓMEZ ORBANEJA [9]—, centra el momento de la valoración en la decisión sobre la credibilidad que llevará a cabo el juez. Es exactamente el mismo resultado al que llegan ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD [10], aunque insistiendo nuevamente en el necesario uso de máximas de experiencia por parte del juez y en la exclusión de la arbitrariedad en este juicio.

Por tanto, podemos dar el concepto en cuestión por identificado. Ante un resultado de prueba, sea la declaración de un sujeto, sea la lectura de un documento, o sea el estado de cosas que observe el juez en un reconocimiento judicial, dicho juzgador no podrá quedar indiferente al verse en la necesidad de juzgar. Por ello, utilizando su raciocinio deberá sacar unas conclusiones sobre lo que ha escuchado o visto. Esa extracción de conclusiones sería la valoración de la prueba.

Pero como es sobradamente sabido, esas conclusiones no se sacan en un momento absolutamente preciso durante el proceso [11], sino que el juez irá deduciendo esas conclusiones sobre la marcha [12]. Sería sencillo decir que el

---

[3] SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», cit., p. 362.

[4] F. STEIN, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, p. 15: «*Bleiben wir also einstweilen bei diesem Namen. Er ist nicht einwandsfrei —ich weiss es und bin bereit, ihn für einen besseren aufzugeben*».

[5] I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, reimpr. de la 2.ª ed. de 1787, Berlin, 1950, p. 31: «*Daß alle unsere Erkenntniß mit der Erfahrung anfange, daran ist gar kein Zweifel*».

[6] SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», cit., p. 362.

[7] J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Cizur Menor, 2005, p. 544.

[8] P. CALAMANDREI, «La genesi logica della sentenza civile», en *Opere Giuridiche*, vol. 1, p. 21.

[9] Que lo reconoce expresamente. *Vid.* E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, Madrid, 1976, p. 300.

[10] ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 766.

[11] *Vid.* MIRANDA ESTRAMPES, «La mínima actividad probatoria», cit., p. 106.

[12] De ello se hace eco M. SERRA DOMÍNGUEZ, *De la prueba de las obligaciones*, en AAVV (dir. ALBALADEJO), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1991, p. 15, cuando en la descripción de la fase de fijación introduce una explicación sobre las presunciones que desvela a las claras cuanto estoy manteniendo: «Las afirmaciones instrumentales, depuradas por el juez, pueden tener un valor probatorio por sí mismas o bien pueden constituir la base de nuevas afirmaciones relevantes. Es decir, las afirmaciones ya valoradas pueden constituir a su vez una fuente de afirmaciones nuevas íntimamente ligadas a las primeras. El ligamen está integrado de nuevo por máximas de experiencia. Pero a diferencia de las máximas de experiencia empleadas en la valora-

juez realizará esa actividad desde el instante en que tiene a su disposición el resultado del medio de prueba, y hasta el momento en que firme la sentencia. Es decir, si ponemos el ejemplo simple de la declaración de un testigo, el juez empezaría a valorar desde que el testigo responda —o no— a la primera pregunta.

Sin embargo, ello sería completamente inexacto. Desde el punto de vista simplemente teórico cabe distinguir, como acabamos de ver que lo hacía CALAMANDREI, dos momentos, el de interpretación de los resultados de la prueba para averiguar precisamente qué resultados son esos, y el de su valoración, para determinar su credibilidad. De hecho, la distinción entre traslación y fijación que antes veíamos, parte en el fondo del mismo criterio de separación y por tanto es análoga, dado que en la traslación se determinarían los resultados de la prueba y en la fijación se valorarían. Pero es que, en realidad, aunque la fase de «interpretación», o incluso la más amplia de «traslación», concebidas teóricamente, sí que podrían tener un momento concreto en el proceso, o al menos un periodo con *tempus a quo* y *tempus ad quem*, en cambio con la valoración no suceden las cosas de ese modo ni siquiera desde la perspectiva dogmática. Bien al contrario, la valoración de la prueba puede comenzar incluso antes de la práctica del medio de prueba [13]. Y lo voy a demostrar a continuación.

El juez, al admitir la prueba, ha realizado un examen de su pertinencia que analizaré más adelante. Pongamos por caso la declaración de un testigo. Si nos hallamos en un proceso civil en el que las llamadas «tachas» deben formularse antes de la declaración según la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 378), es imposible que el juez, una vez formulada la tacha, no se haya hecho una mínima idea de la objetividad del testigo, si son las propias partes las que le están advirtiendo de una posible falta de dicha objetividad. Pero es que aunque no se formulen esas tachas, el juez, al valorar dicha pertinencia realizará un juicio de «valor» sobre la utilidad de ese testigo. Y hay que reconocer que el juez no es ningún autómata que pueda borrar todas sus impresiones previas antes de observar una nueva realidad. Lo cual quiere decir que cuando el testigo declare, el juez ya podrá tener una primera impresión sobre el mismo. Y esa primera impresión, no es sólo que influya decisivamente en su valoración sobre la prueba, sino que, siendo así, forma parte de dicha actividad de valoración.

Y nos hemos retrotraído muy atrás en el proceso. Centrémonos ahora en el momento de la declaración. Cuando se llame al testigo, simplemente observando el aspecto externo del mismo, su forma de andar, su forma de sentarse, etc., el juez ya estará empezando a valorar, y eso antes de que el testigo haya pronunciado siquiera una sola palabra. Cierto es que la declaración del testigo puede hacerle cambiar su valoración inicial, pero podría

---

ción de las pruebas, de carácter genérico y uniforme, las máximas de experiencia utilizadas para la formación de nuevas afirmaciones tienen carácter específico y variado y su contenido depende de la naturaleza de la afirmación base».

[13] *Vid.* C. ONECHA SANTAMARIA, «Valoración de la prueba en el proceso civil», *Pretor*, núm. 63, 1971, pp. 351 y ss.

perfectamente no ser así. Y decir que esa valoración previa no influye en el juez a los efectos de valoración de la prueba no sería más que asumir una tremenda ingenuidad.

Por ello, ciertamente es posible decir, en una primera aproximación que luego completaré, que la valoración de la prueba es el uso por parte del juez de su raciocinio enfocado hacia la actividad probatoria. También se incluye en dicha actividad la aplicación judicial de las reglas legales de valoración de la prueba, lo que, por cierto, descarta una vez más, desde otro punto de vista, que en el juicio jurisdiccional pueda realizarse una auténtica distinción entre hecho y Derecho [14]. Pero no se puede distinguir un momento preciso, a lo largo de todo el proceso hasta sentencia, en el que se hace esa valoración más que desde el punto de vista teórico.

Sin embargo, ello nos lleva a dos importantes conclusiones. Si es cierto que la valoración de la prueba es el uso del raciocinio judicial (aunque sea legalmente impuesto en ocasiones), debe descartarse que existan momentos separados o fases en materia probatoria, porque en todas ellas se emplea ese mismo raciocinio. Cuando se trae un documento público a un proceso civil, el juez ya sabe que tiene que creer, entre otros puntos, su fecha y la identidad de los otorgantes (art. 319 LEC), o bien, si duda de su autenticidad, deberá deducir testimonio de particulares para que se abran diligencias penales en la instrucción correspondiente. Y, por tanto, en ese caso concreto la «interpretación» y la «valoración» son simultáneas. Pero es que lo mismo ocurre cuando el juez escucha la declaración de uno de los litigantes. Valora mientras escucha y comprende también mientras escucha, lo cual quiere decir que la actividad de comprensión es simultánea a la de valoración, y de hecho no se puede decir que se haya hecho la primera sin hacer la segunda, suponiendo que sea posible. El juez no es un intérprete lingüístico que simplemente traduce acríticamente de un idioma a otro. Ni siquiera un buen traductor puede hacer su trabajo sin utilizar esa capacidad crítica. Por ello, si bien es cierto que en el mundo de las ideas podemos distinguir entre «interpretar» y «valorar», en la realidad de la mente humana no existe esa distinción, ya que sin sensación no hay percepción, como recuerda la doctrina psicológica [15], dado que la percepción dota de significado a las sensaciones [16]. Lo cual hace que la distinción jurídica entre interpretación y valoración sea en realidad estéril. Incluso aunque el juez escuchara mal lo que dice un testigo, no cabría distinguir entre interpretación y valoración, puesto que el juez valorará lo que cree haber oído. Y su valoración será tan errónea como si hubiera estimado indebidamente que el testigo es o no creíble. Son simplemente errores que, entre otros, puede cometer el juez en su actividad probatoria. Pero que no es útil distinguir con precisión porque constantemente se entremezclan.

Por otra parte, la valoración podría ser errónea, ciertamente, porque el juez escuchó mal, o bien porque valoró mal la credibilidad del testigo al no

---

[14] *Vid.* NIEVA FENOLL, *El hecho y el Derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, pp. 95 y ss, así como la multitud de autores allí citados.

[15] A. L. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, Madrid, 2008, p. 31.

[16] *Ibid.*, p. 32.

inspirarle confianza, por ejemplo, su forma de hablar. O su manera de construir el relato. O la forma en que le miraba. Todo ello influye por igual en una valoración probatoria y la hace igualmente errónea. Los errores derivados de una mala comprensión son más fáciles de demostrar, pero es que los errores de valoración inspirados en prejuicios no se distinguen de los anteriores. Igualmente se traducen en una valoración defectuosa. La distinción entre unos y otros errores vuelve a ser, como digo, poco útil para definir el concepto de valoración.

Pero anuncié una segunda conclusión. He mantenido, inspirado por los autores citados, que la valoración de la prueba está compuesta por el uso de máximas de experiencia, legales o judiciales. Y ello no es que sea falso, ni muchísimo menos, pero sin embargo es una simplificación que no nos permite profundizar en la esencia de la valoración. Decir que el juez utiliza máximas de experiencia para valorar la prueba es decir lo obvio: que el juez piensa durante la prueba. Es expresar algo absolutamente evidente de una manera algo más científica, al menos terminológicamente hablando, pero no nos ayuda prácticamente en absoluto ni para estudiar la actividad de valoración, ni siquiera para que el juez valore de forma correcta, porque no se le da ninguna guía o pauta a seguir con ello, sino que se deja que utilice libremente su sentido común y lo ponga de acuerdo con su sentido de la Justicia, y poco más. Ello se descubre con mucha claridad analizando las obras epistemológicas que antes cité, así como los manuales de filosofía sobre el funcionamiento de los silogismos [17], o de psicología sobre el pensamiento y la toma de decisiones o la resolución de problemas [18]. En ellos sí que se intenta descubrir la esencia de ese pensamiento, intentando llegar hasta lo más profundo de ese complejo mental llamado genéricamente «máximas de experiencia» por los procesalistas.

En consecuencia, nos encontramos de frente a las principales causas de la inaplicabilidad práctica de mucho de lo que la Doctrina, con gran esfuerzo, ha ido elaborando a lo largo del tiempo. Se estructura teóricamente la actividad probatoria de forma que no se refleja la realidad de dicha actividad, lo cual ya tiene que dificultar necesariamente su comprensión. Pero es que, por otra parte, cuando llegamos a la fase en la que el juez necesita más ayuda, se le deja solo diciéndole que utilice su propio raciocinio, las máximas de experiencia, que es justo lo que de todos modos habría de hacer aunque nadie se lo dijese [19]. Sin embargo, no se le ayuda a realizar este razonamiento. Se le dan algunas normas de valoración legal de la prueba, pero luego no se le dicen más que algunas frases embellecidas tratando de orientarle, como cuando se le pide que siga su «íntima convicción», o se le obliga a que demuestre un hecho «más allá de toda duda razonable», o incluso cuando se le dice también que realice una «mínima actividad probatoria» y otras frases

---

[17] Aísa Moreu, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, cit., pp. 21 y ss.

[18] Entre otros muchos, S. L. Weinberg, S. Krulik, J. A. Rudnick, *Roads to reasoning: developing thinking skills through problem solving*, Chicago, 2002.

[19] *Vid.* F. M. Iacoviello, *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 267.

análogas que analizaremos más adelante. Ahí la doctrina se enfrasca en la correcta interpretación de cada frase —que siempre cae en un inabarcable casuismo— pero sin atacar el problema de fondo que ya fue anunciado anteriormente.

Sea como fuere, y dado que este epígrafe es una simple aproximación, baste por ahora con constatar preliminarmente las causas del fracaso doctrinal y jurisprudencial. Y añadir que provisionalmente calificaré la valoración de la prueba como una actividad mental del juez en la que evalúa críticamente los datos probatorios que percibe, y que no se realiza en una fase absolutamente precisa del proceso. Quedémonos, de momento, con esa «evaluación crítica», que es una expresión neutra que pretende recoger todas las tendencias definitorias del concepto. Pero adviértase expresamente de que se tratará más adelante sobre si en dicha evaluación se realiza algo más que un mero análisis de la credibilidad, o se utilizan otros elementos que no son sólo máximas de experiencia.

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

No es que exista una especial discusión en este sentido, porque en general todos los autores hablan de «valoración» de la prueba, y de nada más. Pero cuando estudian en concreto ese momento crucial de la actividad probatoria lo cierto es que se producen algunas disonancias. Calamandrei [20] ya vimos que distinguía entre interpretación y valoración. Pero Serra Domínguez [21] habla asimismo de la fase de fijación, y dentro de la misma incluye la valoración de la prueba, aunque la fijación sería algo más, puesto que comprende tanto la fijación de las propias afirmaciones del juez sobre las afirmaciones de las partes, como todo el razonamiento presuntivo. Y al margen de todo ello, tanto de lo dicho por Calamandrei como por Serra Domínguez, quedaría el debate sobre la carga de la prueba.

Algo muy parecido es lo que afirma Montero Aroca [22]. Este autor alude a una categoría general, la «apreciación». Y dentro de la misma distingue entre interpretación y valoración, al igual que Calamandrei, e intenta justificar en la práctica la distinción a través de una de las pruebas más conflictivas dogmáticamente hablando, el reconocimiento judicial [23]. Y en este sentido distingue entre objetos que son el mismo *thema probandi* (tales como una cerradura en un proceso de patentes, tomando el mismo ejemplo de Montero), y objetos que documentan el *thema probandi*, para lo cual serviría cualquier documento, escrito o gráfico, que recoja unos datos que deben valorarse, como ocurre con una filmación de personas que hablan entre sí, por ejemplo.

---

[20] Calamandrei, «La genesi», cit., p. 21.

[21] Serra Domínguez, «De la prueba de las obligaciones», cit., pp. 14-16.

[22] Montero Aroca, *La prueba*, cit., p. 543. También otros autores. *Vid.* R. Rivera Morales, *Las pruebas en el Derecho venezolano*, Barquisimeto, 2009, p. 927.

[23] Montero Aroca, *La prueba*, cit., p. 545.

No voy a volver atrás en la explicación, pero debo reafirmar que la distinción tampoco tiene sentido con estos ejemplos. En el segundo, nuevamente y como ya dije, se valora mientras se interpreta. Y en el primero, aunque pueda parecer lo contrario, también. El juez no sólo tiene que «interpretar» que el mecanismo de la cerradura es o no idéntico al patentado. Es imposible que no valore esa «interpretación», porque la interpretación dependerá casi siempre de un dictamen pericial y el mismo no es infalible, y por ello tendrá que valorar dicho dictamen. Pero es que aunque no hubiera dictamen pericial, también valoraría.

Un ejemplo más claro de ello quizás sería el que di líneas atrás con la observación del juez de un cadáver. Viendo un cadáver con evidentes signos de violencia incompatibles con la vida, el juez deberá declarar que la persona está muerta. Pero es que en esa declaración no solamente estaríamos ante una «interpretación», sino que incluso aquí existiría una «valoración» coetánea a la «interpretación», si se quieren distinguir ambas categorías. Para que un juez declare que un cadáver tiene lesiones evidentemente incompatibles con la vida, utiliza su experiencia. Es decir, hace uso de máximas de la experiencia, lo que le conduce irremediablemente a valorar. Porque como ya indiqué, el juez cuando valora no solamente, o mejor dicho, no siempre hace un juicio de credibilidad, sino que puede ir más allá.

Con todo ello quiero insistir en que no tiene sentido distinguir entre interpretación y valoración. O entre apreciación y valoración [24]. O incluso entre fijación y valoración [25]. Porque siempre se valora mientras se interpreta, se aprecia o se fija. Es imposible hacerlo de otro modo. Porque en realidad lo que ocurre es que se percibe, y la percepción es indudablemente crítica [26]. Incluso personas con la percepción gravemente alterada por la razón que sea, realizan un juicio crítico sobre lo que ven. Normalmente erróneo a consecuencia de su defecto de percepción. Pero siempre crítico, porque no pueden ver y escuchar sin valorar lo que ven o escuchan. Es materialmente imposible.

Es por ello que quizás sería muchísimo más sencillo prescindir de toda esta estructura terminológica, que otorga una imagen poco clara de lo que realmente existe, a pesar de que la noble intención fuera la contraria. Y de hecho hay que reconocer que el esfuerzo doctrinal inicial no ha sido para nada baldío, puesto que ha permitido profundizar en una categoría, la de la valoración de la prueba, que tantas veces se había dado por supuesta sin estudiarla, como veremos en el epígrafe histórico. Quizás por ello tendría sentido distinguir simplemente entre la fase de traslación, y la fase de valoración,

---

[24] *Vid.* J. Bonet Navarro, *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Madrid, 2009, p. 237.

[25] S. Sentís Melendo, «Valoración de la prueba», en *La prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*, Buenos Aires, 1979, p. 240: «Las pruebas practicadas hay que valorarlas o apreciarlas. Cualquiera de las dos palabras es buena: determinar el valor o fijar el precio de algo, no son expresiones distintas etimológicamente».

[26] Bender, Nack y Treuer, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, cit., p. 22: «*Man kann nur etwas bewusst wahrnehmen, was man bewusst beobachtet*».

dejando al margen, de momento, la problemática de la carga de la prueba [27]. Y en dicha fase de valoración se analizaría el complejo racional que utiliza el juez para comprender y evaluar críticamente al mismo tiempo lo que ha comprendido, mientras lo va comprendiendo, claro está.

En cualquiera de los casos, la valoración de la prueba incluiría la observación y la extracción de conclusiones sobre lo observado, porque sin observación no se puede valorar, y de hecho sin valorar es imposible observar, porque todo aquello que sucede a nuestro lado y no se valora, pasa completamente desapercibido, sin poder ser realmente recordado, como si jamás hubiera existido. Ello se demuestra cuando nos presentan una de esas famosas imágenes de la tendencia *Gestalt* de Psicología, que a veces se han hecho incluso obras de arte [28], en los que lo que se percibe a primera vista no es la realidad que se esconde. Esa realidad está ante nuestros ojos, pero no podemos percibirla. Y por tanto tampoco la valoramos, porque sólo valoramos lo que percibimos y, como dije, sólo percibimos lo que valoramos. Por tanto, todo ese conjunto de operaciones de nuestra mente podemos denominarlo, como se ha hecho tradicionalmente, valoración. Y si nos referimos a la prueba, entonces la expresión que queda es la tradicional y la que da título a esta obra: valoración de la prueba.

3. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Llegados a este punto no queda más que realizar una definición del concepto de valoración de la prueba, a fin de identificarlo históricamente en las sucesivas épocas, así como para poder estudiar sus distintos aspectos y asistir a la actividad judicial en esta fase tan relevante de muchos procesos.

Con esa finalidad, cabe definir la valoración de la prueba como la *actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso*.

Y quede claro que en esa percepción queda incluido, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, que es consustancial a la misma, y que es lo que tradicionalmente se ha definido como valoración de la prueba [29].

Diferente de la valoración será la motivación, que será la puesta de manifiesto, normalmente por escrito, de esa percepción. Y en la misma es donde se ofrecen datos que, en ocasiones, irán más allá de esa valoración, porque el juez intentará con cierta frecuencia justificar su juicio con argumentos que, en realidad, van más allá de la valoración y que, de hecho, nada tienen

---

[27] Que añadiría complejidad a la explicación actual. Me remito a lo que comentaré sobre ese tema más adelante.

[28] Como sucede con el retrato de Lincoln, o el conjunto artístico de Mae West, ambas obras de Salvador Dalí.

[29] *Vid.* H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, 2002, p. 273.

que ver con la misma, porque simplemente son argumentos sin base real, que simplemente intentan convencer al lector. Los veremos más adelante, como auténticos defectos de la motivación, pero ese tipo de argumentos son los que han podido fundar que la doctrina se inclinara por distinguir entre interpretación y valoración.

En cualquier caso, el juez, si obra correctamente, dirá en la motivación solamente lo que sus sentidos le han hecho percibir, y en dicha actividad expresará todo su razonamiento que, como después argumentaré, acompañará al juez en esa labor. Una vez realizada esa motivación de su percepción, en la que el juez habrá tenido en cuenta el ordenamiento jurídico, especialmente —pero no solamente— en su vertiente de prueba legal cuando exista, expondrá separadamente —en la medida de lo posible— para una mejor comprensión de las partes, la aplicación del ordenamiento jurídico, a fin de facilitar la labor de los litigantes al recurrir la sentencia, pese a que, muy probablemente, buena parte de esa motivación jurídica se haya hecho ya durante la misma actividad de valoración, al tener el juez conocimientos jurídicos, dejando solamente al margen los detalles del ordenamiento que no sea capaz de recordar en el momento de la práctica de la prueba.

Con ello queda centrada la visión del concepto que se va a defender a lo largo de toda la obra, por lo que puede pasarse ya al resto de epígrafes de este estudio.

II. PEQUEÑA HISTORIA DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Para comprender lo que sea la valoración de la prueba no es necesario realizar un estudio histórico completo de la misma. En ocasiones los análisis históricos sí son necesarios, a fin de descubrir fundamentalmente los errores que la doctrina comete en la aplicación de algunos conceptos, y que nadie sabe realmente de dónde provienen. Pero con la valoración de la prueba eso no ocurre. Es un tema en el que históricamente se reparó en realidad tan poco [1] desde el punto de vista teórico (no así desde el práctico), que hasta se podría prescindir de este capítulo.

Sin embargo, el estudio de dicha historia da varias claves del porqué de las defectuosas motivaciones actuales, y puede servir para descartar además algunas clasificaciones doctrinales que se han realizado en torno a los sistemas de valoración de la prueba, o en cuanto a su discurrir histórico. Por ello, empecemos la explicación desde un punto de vista fundamentalmente cronológico, en la medida que sea posible.

1. EL ORIGEN: LA VALORACIÓN *PRIMA FACIE* Y LIBRE DE LA PRUEBA

No han aparecido hasta el momento documentos históricos que atestigüen la existencia de una reflexión jurídica sobre la valoración de la prueba en tiempos muy remotos, de manera que lo cierto es que no sabemos qué sistemas se debieron de emplear entonces. Debió de haber procesos en aquella época, como necesaria derivación de que, al menos en alguna ocasión, los conflictos debían resolverse a través del respeto por la opinión de un tercero. Y es posible que a esta solución pacífica se llegara por diferentes vías. En

[1] Pese a las normas de prueba legal que luego veremos, y que, en realidad, pretendían omitir la valoración judicial de la prueba, dándole la espalda por completo.

unos casos quizás surgió todo de la frustración de una transacción y de la voluntad de un tercero, con *auctoritas* —divina o no— para los contendientes, de evitar el recurso a una solución violenta. Otras veces pudo suceder que ese tercero surgiera espontáneamente. Y cuando ese tercero no se ponía del lado de uno de los dos, debió intentar mediar. Y de una mediación infructuosa pudieron nacer los procesos jurisdiccionales cuando los contendientes, incapaces de resolver el conflicto por sí mismos con la ayuda del mediador, decidieron pedirle su opinión al mediador y simplemente respetarla [2]. En otras ocasiones pudo ser el tercero quien impuso por la fuerza su opinión para lograr la paz entre los litigantes y, al tiempo, de todo un grupo social en el que vivían los contendientes.

En cualquiera de los casos citados, o de otras hipótesis similares, surgió esa figura del tercero que *a priori* no se pone del lado de ninguna de las dos partes y da una solución, al menos en apariencia, imparcial. Y así habrían nacido, naturalmente a trancas y barrancas, los procesos jurisdiccionales, a través de un comportamiento como el descrito que no se observa, ni en forma similar, en ningún otro ser vivo. Lo lógico es que esta forma de resolver conflictos naciera en uno o varios pueblos del mundo en diferentes tiempos y en épocas muy remotas, puesto que no de otra manera se explica que, por ejemplo, en las civilizaciones precolombinas también se conociera el *actus trium personarum* [3], igual que en las euroasiáticas. Pero no surgió en todos los pueblos, ni mucho menos, puesto que de lo contrario el sistema estaría extendido por todo el mundo. Y lo cierto es que no es así, puesto que en no pocos pueblos indígenas actuales [4], el sistema de solución de conflictos es el comunitario o asambleario [5], no conociendo algunos de ellos nada parecido a nuestros procesos [6].

---

[2] Este podría ser, justamente, el origen de la designación de algunos jueces entre los Aymara. *Vid.* A. Peña Jumpa, «El poder judicial comunal aymara», en A Peña Jumpa, V. Cabedo Mallol y F. López Bárcenas, *Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América*, Lima, 2002, pp. 352-353: «Frente a tales conflictos, los órganos familiares o informales actúan con un cierto grado de especialización. Por ejemplo, los pleitos de pareja son propios de los padres y padrinos si esta es de casados, y únicamente de los padres si es de convivientes; los problemas de parcelas o linderos, precedidas generalmente de riña, recaen en los parientes mayores o en los ancianos, que conocen más que nadie sobre las extensiones de los terrenos [...]».

[3] Hay multitud de testimonios de ello. *Vid.* por ejemplo F. Flores García, «Algunos aspectos de la organización judicial azteca», en: *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho mexicano (1980)*, México, 1981, pp. 33 y ss.

[4] Entre los Aymara, por ejemplo, el sistema de resolución de conflictos para los casos más graves es el comunitario. *Vid.* A. Peña Jumpa, «El poder judicial comunal aymara», cit., pp. 362 y ss.

[5] *Vid.* para el proceso germánico antiguo, que seguía el sistema asambleario, F. Lent, «Diritto Processuale Civile Tedesco», trad. de la 9.ª ed. de München 1959 de *Zivilprozeßrecht*, 1962, p. 360. En este sistema, a pesar de que muchas veces se ha querido ver a la asamblea como a un tercero imparcial, lo cierto es que no funciona de ese modo. La asamblea no escucha la controversia, sino que ya delibera conociendo el problema sobre la marcha y dialogando conjuntamente con los contendientes. Y eso no es un proceso, sino un sistema asambleario de resolución de conflictos que poco o nada se parece al *actus trium personarum*. Su funcionamiento es más similar al de una junta, o incluso al de un órgano legislativo que delibera sobre iniciativas parlamentarias, órganos en los que nadie ha visto nada parecido a un proceso jurisdiccional.

[6] Ello sucede en diferentes culturas, pero tomemos ahora como ejemplo el de los melanesios de las Islas Trobriand, que estudió hace años B. Malinowski, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, 1982, p. 75: «Las raras disputas que a veces tienen lugar toman la forma de un intercambio público de reconvenciones (*yakala*), donde las dos partes contendientes, asistidas

Al margen de ello, lo que ahora interesa es determinar cómo debía valorar la prueba este tercero. Y en este sentido, lo lógico es pensar que a falta de cualquier norma jurídica escrita u oral, el juzgador no tuviera otro remedio que fallar utilizando simplemente su razón personal, es decir, su leal saber y entender, atribuyendo credibilidad a quien más le convenciera de las partes a través de sus argumentos o de los medios de prueba que le presentara. Por tanto, por pura lógica y a falta de cualquier otra posibilidad alternativa, el primer sistema de valoración de la prueba tuvo que ser, con absoluta seguridad, el libre.

Y ello no es una conjetura, sino una certeza, que probablemente nunca podrá contrastarse con datos históricos, pero que no precisa de ese contraste, puesto que cuestionarse sobre si el hombre primitivo utilizaba su intelecto para tomar decisiones (en este caso jurisdiccionales), sería tanto como poner en tela de juicio si bebía agua. Lo que es casi imposible es conocer cómo se llegó hasta el *actus trium personarum*, y sobre ello sí se pueden construir hipótesis como las que expuse unas pocas líneas más atrás. Pero la valoración libre de la prueba no precisa pesquisas de su origen, puesto que surge espontáneamente como regular uso de la mente humana en el momento en que ésta alcanzó un cierto nivel evolutivo. Y el estudio de cuándo se alcanzó ese nivel evidentemente no corresponde a un procesalista, aunque esa determinación temporal sería muy interesante para la disciplina jurisdiccional, por descontado. Por otra parte, para adivinar qué debió suceder en aquellos tiempos no nos sirve el estudio de los medios de resolución de conflictos en tribus selváticas actuales, por ejemplo, porque nada tiene por qué hacernos pensar que seres humanos que han decidido vivir en la selva con sus conocimientos ancestrales del entorno, no han modificado, incluso varias, veces, la forma de dirimir sus conflictos a lo largo de los siglos o milenios.

Por otra parte, la enorme mayoría de las normas que pueden relacionarse con la prueba en los Derechos antiguos son de libre valoración, lo que confirma lo anterior[7]. Sin embargo, sí se detecta en las sociedades antiguas que

---

por amigos y parientes, se encuentran, se arengan una a otra y se lanzan recriminaciones mutuas. Estos litigios permiten dar rienda suelta a los sentimientos de la gente a la par que muestran la tendencia de la opinión pública, todo lo cual ayuda a resolver las disputas. Sin embargo, a veces parece como si sólo sirviesen para endurecer más a los litigantes. *En ningún caso hay un tercero que pronuncie una sentencia definida* y raramente se llega a un acuerdo en aquel mismo momento. El yakala es, por lo tanto, un dispositivo jurídico especial de pequeña importancia que en realidad no llega al corazón de la compulsión jurídica». La cursiva es mía.

[7] Los §§ 1 o 3 del Código de Hammurabi pueden ser un buen ejemplo. Y aún mejor un extenso precepto del mismo código, el § 9, que reproduzco porque hace evidente que el sistema utilizado por los jueces era el libre, valorando conjunta y libremente la prueba: «Si uno que perdió algo lo encuentra en manos de otro, si aquel en cuya mano se encontró la cosa perdida dice: "Un vendedor me lo vendió y lo compré ante testigos"; y si el dueño del objeto perdido dice: "Traeré testigos que reconozcan mi cosa perdida", el comprador llevará al vendedor que le vendió y los testigos de la venta; y el dueño de la cosa perdida llevará los testigos que conozcan su objeto perdido; *los jueces examinarán sus palabras*. Y los testigos de la venta, y los testigos que conozcan la cosa perdida dirán ante el dios lo que sepan. Si el vendedor es un ladrón, será muerto. El dueño de la cosa perdida la recuperará. El comprador tomará en la casa del vendedor la plata que había pagado». La cursiva es mía. Y no cambia el sentido la traducción de la frase subrayada con la interpretación de Lara Peinado, *op. cit.*, p. 8, que la traduce como «los jueces considerarán las pruebas». La traducción, en este caso, está extraída de Wikisource.

han dejado rastro escrito, una preocupación por la valoración de la prueba que les hizo legislar muy tempranamente en esta materia, precisamente con normas que, en cierta medida, limitaban la discrecionalidad de los juzgadores [8], o les ayudaban a resolver el litigio en caso de acciones delictivas sucedidas en la clandestinidad, en las que, lógicamente, existía una insuficiencia de prueba [9].

Aunque todo ello será tratado a continuación en sucesivos epígrafes, la existencia de esas normas demuestra una importante conclusión, capital en el estudio de esta materia: sin duda los jueces, como ya dije, debieron valorar libremente la prueba desde un principio, y sólo como reacción a los excesos de la libre valoración, comenzaron a surgir las normas de prueba legal u otros métodos que, de un modo u otro, limitaban la discrecionalidad judicial. Y esos métodos, que examinaremos en los sucesivos epígrafes, nunca hubieran surgido de no ser la libre valoración de la prueba el primer sistema en existir y estar absolutamente extendido, porque pocas veces surge una norma jurídica limitadora que no trata de controlar conductas anteriores que se tienen en general por abusivas o inseguras. Por consiguiente, puede concluirse ya definitivamente que el más remoto sistema de valoración de la prueba, siempre siguiendo la pura lógica [10], es el sistema de valoración libre.

Como veremos después, las ordalías y los juramentos tuvieron que ser posteriores, en primer lugar porque recurren a la idea de una divinidad, abstracción metafísica que, con independencia de su veracidad intrínseca, sólo es posible en mentes con un notable grado de desarrollo. Pero por otra parte porque nadie recurre a un ser superior para juzgar lo que, según su saber y entender, le parece evidente o al menos creible. La escasez de ordalías en las leyes antiguas podría confirmar este extremo, como se verá en el siguiente epígrafe.

La valoración debió ser *prima facie* la mayoría de las veces. El juez debía escuchar a las partes y dictar sentencia en el acto. Es poco probable que pequeñas controversias generaran largos procesos, sobre todo porque en una época en que la violencia estaba muy al orden del día, puede dudarse muy

---

Y es que salvo en las normas que señalaremos en el epígrafe dedicado a la prueba legal, en el resto de actividades probatorias no se prevé que el juez esté sometido a ninguna clase de limitación en su valoración, lo que hace evidente que dicha valoración era libre. De hecho, un Derecho de varios siglos más tarde, el Romano de las *Legis actiones*, ya contiene, como producto de una necesaria evolución del control a los jueces, numerosas normas de prueba legal que cercenan la libertad judicial, aunque también se trata de un Derecho muy dependiente todavía de los juramentos. *Vid.* KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 117 y ss.

[8] *Vid.* art. B-5 del Código de Ur-Nammu, que prevé el juramento del testigo. «Un hombre que comparece como testigo y rechaza prestar juramento, estará obligado a indemnizar». E. SZLECHTER, *Les lois sumériennes*, Roma 1983, p. 23.

[9] *Vid.* § 2 del Código de Hammurabi, que dispone la celebración de una ordalía para demostrar un hecho de muy difícil prueba como la brujería, y que después analizaremos.

[10] A falta de otros datos que confirmen esta conclusión. Sería utilisimo hallar el equivalente a las *Instituta* de GAYO en época sumeria, para ver si el texto nos refería algo de cómo nacieron los juramentos y las ordalías, refiriéndose a una época anterior de excesos judiciales. Ojalá ese texto, si alguna vez existió, aparezca algún día.

fundadamente que los seres humanos de entonces tuvieran tanta paciencia como para esperar mucho tiempo el fallo de un juez.

El periodo en que esa valoración simplemente *prima facie* debió tener lugar tuvo que ser bastante largo, pero es curioso observar cómo en las primeras normas jurídicas que nos han llegado, la prueba ya posee un lugar, quizás no destacadísimo, pero sí que ocupó, al menos en parte, la *mens legislatoris*. De hecho, los primeros vestigios de normas jurídicas y de sentencias que nos han llegado sugieren que los procesos no podían ser breves en todas las ocasiones. Los mismos «di-til-la» [11] sumerios están motivados, y no se acostumbran a motivar prolijamente los enjuiciamientos *prima facie*, ni siquiera actualmente [12]. Ello nos da la clave de que la valoración de la prueba debió convertirse paulatinamente en una actividad compleja cuyos resultados prácticos preocupaban a los juristas del momento. Lo veremos en los sucesivos epígrafes.

2. LAS ORDALÍAS O JUICIOS DE DIOS

En toda esta historia nos encontramos de repente con las ordalías. Se trata de un sistema de resolución de conflictos que, aunque con frecuencia se haya afirmado lo contrario, no es en absoluto ni un medio de prueba [13] ni un sistema de valoración de la prueba, sino que supone, en realidad, la completa anulación de dicha valoración. Ya no existe actividad alguna de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria, porque no aparece actividad probatoria en realidad. Es el azar —si no está manipulado [14]— el que decide, a través de los más diversos métodos [15]. O bien decide la destreza o la fuerza física en los duelos, que no son sino otra forma de ordalía [16]. El juez no aprecia absolutamente nada, sino que sucede que todos los presentes ven lo acaecido y actúan tal y como dispone la ley según sea el resultado. No se comprueba ninguno de los hechos debatidos que dieron lugar a la ordalía, sino que simplemente se realiza un acto similar al de lanzar una moneda al aire para dar la razón a uno o a otro, o declarar culpables

---

[11] A. Falkenstein, *Die Neusumerischen Gerichtsurkunden*, München, 1956, segunda parte.

[12] Actualmente son *prima facie* muchos de los laudos arbitrales que emiten los árbitros de consumo. Y en ellos se aprecia, ciertamente, una motivación brevísima. *Vid.* los laudos de la Junta Arbitral de consumo de Barcelona que aparecen en http://www.bcn.es/juntarbitral/ca/resolucions.html.

[13] Lo cual era afirmado por M. A. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, t. IV, Vom fünften bis achten Jahrhundert, Die Staaten der Völkerwanderung, Bonn, 1868, p. 31.

[14] *Vid.* las manipulaciones y engaños de los brujos para favorecer a uno u otro adversario en F. Patetta, *Le ordalie*, Torino, 1890, p. 48.

[15] No es preciso realizar una enumeración por todos conocida. Basten algunos ejemplos como tocar o lamer hierro incandescente o caminar sobre brasas, como dice el centinela en la escena segunda del capítulo primero de Antígona, para dar fe de que no había enterrado el cadáver de Polinices. Otras ordalías muy conocidas son las de ingerir veneno, sumergirse en aguas turbulentas, etc. Éstos y otros muchos métodos ordálicos pueden verse en Patetta, *Le ordalie*, cit., pp. 41 y ss.

[16] Como explicó magistralmente Patetta, *Le ordalie*, cit., pp. 3 y 15-16.

o inocentes simplemente [17]. Y a veces ni eso, porque en ocasiones la ordalía sirve simplemente para purificar un hecho delictivo sin autor conocido [18].

Ordalía, latinismo de la palabra germánica «*Urtheil*» —«*Urteil*» en alemán moderno— no significa otra cosa que juicio o sentencia. Al parecer, proviene etimológicamente del verbo «*erteilen*» [19], que significa conceder u otorgar, lo que vincularía semánticamente esta palabra con vocablos de otras lenguas indoeuropeas como «*dispositif*», «dispositivo» o «dispositiva», que significan «fallo» respectivamente en francés, italiano y catalán. Es ciertamente curioso que siendo éste el origen de la palabra, haya triunfado esta forma de denominar al sistema de resolución de conflictos que vamos a describir, puesto que literalmente significa simplemente «juicio». De hecho, en lengua alemana el sistema designado se conoce como «*Gottesurteil*» [20], es decir, juicio de dios, lo que hace que esta última traducción, aunque pueda parecer anticuada, sea verdaderamente la más correcta.

Existe la idea, bastante extendida aunque poco afirmada, de que las ordalías serían el sistema más remoto de valoración de la prueba. Y ello, a la vista

---

[17] Lo explica a la perfección M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. LYNCH de la ed. de Río de Janeiro de 1978, Barcelona, 1996, pp. 61-62: «Quien ganaba la lucha ganaba también el proceso y no se le daba la posibilidad de decir la verdad; ni siquiera se le pedía que probara la verdad de sus pretensiones. En el sistema de prueba judicial feudal no se trata de investigar la verdad sino más bien de una especie de juego de estructura binaria. El individuo acepta la prueba o renuncia a ella. Si renuncia, si no quiere intentar la prueba, pierde el proceso de antemano. Si hay prueba, vence o fracasa, y no hay otra posibilidad. [...] En ningún momento aparece algo semejante a la sentencia [...]; la separación de la verdad y el error entre los individuos no desempeña papel alguno; existe simplemente la victoria o el fracaso. [...] La tercera característica es que [...] no es necesaria la presencia de un tercer personaje para distinguir a los dos adversarios: el equilibrio de las fuerzas, el juego, la suerte, el vigor, la resistencia física, la agilidad intelectual, se encargarán de establecer las diferencias entre los individuos según un mecanismo que se desarrolla automáticamente. La autoridad interviene sólo como testigo de la regularidad del procedimiento».

[18] Es especialmente curiosa la contenida en *Deuteronomio*, cap. 21, vs. 1-9: «Si en la tierra que el Señor, tu Dios, te da en posesión, alguien encuentra un hombre muerto, tendido en medio del campo, y no se sabe quién lo mató, tus ancianos y tus jueces irán a medir las distancias que hay entre la víctima y las ciudades de alrededor. Luego los ancianos de la ciudad más cercana tomarán una ternera que no haya sido sometida a ningún trabajo ni haya estado bajo el yugo; la llevarán hasta un arroyo de agua perenne, a un lugar donde no se cultiva ni se siembra, y la desnucarán junto al arroyo. También se harán presentes los sacerdotes levitas, porque el Señor los eligió para que estuvieran a su servicio y para que bendijeran en su Nombre, y a ellos les corresponde resolver los litigios y los casos de agresión. Luego los ancianos de la ciudad más cercana a la víctima se lavarán las manos en el arroyo, sobre la ternera desnucada, y pronunciarán estas palabras: "Nuestras manos no han derramado esa sangre y nuestros ojos no han visto nada. Perdona, Señor, a tu pueblo Israel, ese pueblo que tú rescataste, y no dejes recaer sangre inocente sobre tu pueblo Israel". Así quedarán absueltos del delito de sangre. De esta manera harás desaparecer de entre vosotros la sangre inocente, haciendo lo que es recto a los ojos del Señor».

[19] URTHEIL, *n., f., judicium, zu ahd.* irteilan, *mhd.* erteilen, *nhd.* ertheilen, *wie* urkunde *zu* erkennen, urlaub *zu* erlauben, ursprung *zu* erspringen, urstände *zu* erstehen *u. s. w.* (ur- A 1); *eigentlich «das ertheilte», dann von anfang an auf spruch und thätigkeit des richters und der urtheiler* (*rechtsalterth.* 2[4], 380 *ff.*) *eingeschränkt. das ahd. v.* irteilan *hat schon die bedeutung judicare* (Graff, 5, 411) *erreicht, indem aus ältern verbindungen wie* dômos âdêlian (*Heliand*, 3317; 5257) *das object fiel* (Paul-Braunes, *beiträge* 43, 366). *vgl.* ubartailan, —teilida, —teilari *judicare, judicium, judex* Graff, 5, 410 *f. im ahd. steht das n.* urteili *neben dem f.* urteilî, urteila (Graff, 5, 415; *vgl.* urteilida;». *Vid.* todo ello en J. GRIMM y W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig: S. Hirzel, 1854-1960.

[20] *Vid.* BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß*, cit., p. 30.

de los datos históricos, parece que es falso. Y no sólo porque las ordalías evidentemente no sean un sistema de valoración de la prueba, como acabo de decir, sino porque en las leyes más remotas que nos han llegado las ordalías tienen una escasa presencia. Y además se observa que tienen más o menos intensidad en función de los pueblos de que se trate, y no en razón del grado de civilización de dichos pueblos, ni mucho menos. En sociedades de hoy en día que en absoluto cabe calificar de arcaicas, se están practicando ordalías [21] y, de hecho, en época medieval costó muchísimo reprimirlas en Europa, datando de 1214 [22] la primera prohibición general expresa [23], no de celebración de la ordalía, sino de que los sacerdotes bendicieran el agua hirviente o gélida que se utilizaba en los juicios de dios [24]. Y ello porque la ordalía, insisto, no es un sistema de valoración de la prueba, sino un simple mecanismo de resolución de conflictos que depende de la intensidad de la fe de los pueblos que la practican, y nada más que de ello.

Algo querrá decir que en lo que se ha conservado del Código de Ur-Nammu [25] sólo aparezca la ordalía en dos ocasiones, con respecto al adulterio y la brujería [26]. Justo lo mismo que hallamos en el Código de Hammurabi, que también prevé estas formas de resolución de conflictos en esos mismos casos [27], al margen de los juramentos que también aparecen [28]. En otras leyes antiguas, como las contenidas en el libro de los Números, la presencia de

---

[21] Recuerdo un reportaje emitido por Televisión Española en los años noventa del siglo XX, en el que aparecieron unas imágenes de una ordalía en la que varias mujeres egipcias acusadas de adulterio debían lamer tres veces una cuchara incandescente. Si les surgían ampollas o heridas en la lengua al cabo de unos minutos —lo que depende del grado de salivación de cada persona—, eran consideradas culpables. Por desgracia no recuerdo ni la fecha concreta ni la referencia del reportaje, pero ofrezco dos testimonios que atestiguan la veracidad de lo dicho. En http://charlatanes.blogspot.com/2004/10/la-supersticin-del-siglo-xxi-como.html cabe hallar una mención al que, con seguridad, es el mismo reportaje. Y por otra parte, PATETTA, *Le ordalie*, cit., p. 71 confirma la presencia de exactamente esa ordalía entre los pueblos que que denomina genéricamente «árabes».

[22] Como tantas otras veces, con motivo del Concilio Lateranense IV de Inocencio III, en el pasaje que recoge J. D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 22, Graz, 1961, p. 1007, XVIII: «*Nullus quoque clericus rottariis, aut balistariis, aut huiusmodi viris sanguinum praeponatur, nec illam chirurgiae partem subdiaconus, diaconus, vel sacerdos exerceant, quae ad ustionem vel incisionem inducit. Nec quisquam purgationi aquae ferventis vel frigidae seu ferri candentis ritum cuiuslibet benedictionis aut consecrationis impedat, salvis nihilo minus prohibitionibus de monomachiis sive duellis antea promulgatis*».

[23] M. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, p. 4.

[24] Hace esta importante matización PATETTA, *Le ordalie*, cit., pp. 340-341, quien identifica además un precedente aislado del año 911, en el cap. 62 de los *Canones editi sub Egaro rege*, de la prohibición de la presencia de sacerdotes en las ordalías.

[25] Según F. LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, Madrid, 1997, p. XIX, este código data de entre 2112 y 2046 a.C.

[26] Col. II, II, art. A 6 y Col. VI. *Vid.* SZLECHTER, *Les lois sumériennes*, cit., p. 23.

[27] §§ 129 a 133 para el adulterio. La ordalía consistía, en general, en arrojar a los sospechosos al río, considerándolos inocentes si sobrevivían, aunque esto último no se explicite en las leyes de Hammurabi, pero se deduzca de las de Ur-nammu acabadas de citar. En el § 2 se describe la ordalía en casos de brujería: «Si un señor imputa a otro señor prácticas de brujería, pero no las puede probar, el acusado de brujería irá al río y deberá arrojarse a él. Si el río logra arrastrarlo, su acusador le arrebatará su hacienda. Pero si este señor ha sido purificado por el río saliendo de él sano y salvo, el que le imputó de maniobras de brujería será castigado con la muerte, y el que se arrojó al río arrebatará la hacienda de su acusador». Trad. de LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, cit., p. 6.

[28] Y que no son más que residuos ordálicos. No obstante, tampoco son tan frecuentes como podría suponerse. De hecho, sólo se localizan en los §§ 20, 23 y 249.

ordalías es escasa, y curiosamente también está referida al adulterio, a traves de la célebre ordalía de las aguas amargas [29]. Y, de hecho, en el archiconocido proceso celebrado unos tres siglos después de la institución mosaica de esta ordalía, y que era especialmente apto para la celebración de un juicio de dios, se resolvió *prima facie* aplicando el juez (Salomón) simplemente su leal saber y entender [30], evitando de este modo la ordalía [31].

No siendo un sistema de valoración de la prueba, podríamos prescindir de tratar más sobre esta cuestión. Sin embargo, quisiera aprovechar el presente epígrafe para desmentir una serie de ideas preconcebidas sobre la ordalía.

En primer lugar, debe decirse que las ordalías no constituyen una fase en la historia de la valoración de la prueba, no sólo porque no se trata de un sistema de valoración, como ya dije, sino porque el recurso al juicio de dios nunca ha sido sistemático [32], sino que solamente se ha aplicado para juzgar casos muy dudosos de casi imposible prueba [33]. Es por ello que normalmente se centra en la «averiguación» de delitos clandestinos, que a día de hoy, por cierto, siguen dando tremendos problemas, lo que ha provocado jurisprudencias más que discutibles en la actualidad [34]. Sin embargo, como señalé, no hay tal averiguación, razón por la que he entrecomillado la palabra, sino simple resolución de un conflicto, tal y como sucede en un duelo —otra ordalía— en el que puede ser especialmente evidente que no se trata de averiguar absolutamente nada, sino de ver quién pierde y quién gana.

---

[29] Números, cap. 5, vs. 11-31.

[30] Utilizó el juicio presuntivo, como reconoce la Partida III, título XIV, Ley 8.

[31] Reconociendo también el papel residual de la ordalía entre los pueblos germánicos, TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 7.

[32] Ni siquiera entre los pueblos germánicos, como argumenta BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß*, cit., pp. 30-31, puesto que afirma que sólo se utilizaba en caso de sospecha de perjurio, o bien en supuestos de delitos graves. De hecho, como se comprueba tras la lectura de su obra, la mayoría de esos pueblos, pese a que tuvieron las ordalías en sus ordenamientos (como demuestra PATETTA, *Le ordalie*, cit., pp. 168 y ss), ya no las utilizaban cuando provocaron la caída del Imperio Romano de occidente, al menos por lo que se deduce de sus leyes posteriores. Sólo aparece la ordalía —normalmente el duelo— entre los longobardos (*op. cit.*, p. 380) y los francos (*op. cit.*, p. 496), quienes quizás por la localización de sus establecimientos más estables (en Lombardía los primeros y en buena parte de Europa los segundos), pudieron dar la imagen de que la ordalía era algo propio de pueblos germánicos, que es la creencia más extendida, cuando en realidad no parece que fuera completamente de ese modo. No obstante, las sombras sobre esta cuestión son notables. Sobre las leyes longobardas, *vid.* J. F. NEIGEBAUR, *Edicta regum langobardorum*, Munich, 1855.

[33] Ello viene confirmado en el Deuteronomio, cap. 17, vs. 8-12: «Cuando alguna cosa te fuere difícil en el juicio, entre una clase de homicidio y otra, entre una clase de derecho legal y otra, y entre una clase de herida y otra, en negocios de litigio en tus ciudades; entonces te levantarás y recurrirás al lugar que Jehová tu Dios escogiere; y vendrás a los sacerdotes levitas, y al juez que hubiere en aquellos días, y preguntarás; y ellos te enseñarán la sentencia del juicio. Y harás según la sentencia que te indiquen los del lugar que Jehová escogiere, y cuidarás de hacer según todo lo que te manifiesten. Según la ley que te enseñen, y según el juicio que te digan, harás; no te apartarás ni a diestra ni a siniestra de la sentencia que te declaren. Y el hombre que procediere con soberbia, no obedeciendo al sacerdote que está para ministrar allí delante de Jehová tu Dios, o al juez, el tal morirá; y quitarás el mal de en medio de Israel».

[34] Como la que está vigente para la consideración de la existencia de mínima actividad probatoria en los delitos clandestinos, siendo la víctima el único testigo. *Vid.* entre otras, STS (Sala 2.ª) 5-12-2008, núm. recurso 2438/2007, FD 1.º1.

En segundo lugar, no es cierto que la ordalía sea el antecedente de la valoración legal de la prueba [35] ni que tenga algo que ver con la misma [36], como se ha dicho a veces con el evidentemente ánimo de descalificar este sistema de valoración [37]. Cabría decir, eso sí, que la ordalía es el antecedente de los juramentos [38] en las declaraciones de personas, especialmente en el caso de testigos.

De hecho, dichos juramentos ya existían en épocas muy remotas [39], y tienen la misma raigambre que las ordalías. Los juramentos se formulan por Dios u otras entidades metafísicas [40], o por objetos o escrituras sagrados [41]. Y lo cierto es que el juramento tiene eficacia simplemente si es sólida la fe en Dios del confesante [42] y de los que le escuchan [43], como ocurre con la ordalía [44]. Pero si no es así, en buena medida resulta absurda la persistencia actual del juramento, al igual que la promesa, su versión laica aunque inspirada en el mismo hecho religioso. Todo ello salvo en los supuestos en que se anudan consecuencias penales al quebrantamiento de ambos, para lo cual, por cierto, no haría falta ni jurar ni prometer. Aunque en general ya no exista una consciencia de ello, si se exige el juramento es porque, en el fondo, se sigue

---

[35] R. Núñez Lagos, «Tópicos jurídicos», *Revista de Derecho Notarial*, 1954, IV, p. 71.

[36] *Vid.* entre otros, Cabañas García, *La valoración de las pruebas*, cit., p. 74.

[37] O incluso sin ese ánimo. *Vid.* Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 117.

[38] Nuevamente Patetta, *Le ordalie*, cit., pp. 14-15, ofrece una explicación más que razonable de este origen: «*Il processo per cui in seguito il giuramento si staccò dai giudizi di Dio, può essere stato questo. Dapprima venne meno la fede nell'immediata punizione dello spergiuro, e si tenne il giudizio in sospeso, o si pronunziò provvisoriamente la sentenza, salvo a riformarla, se accadesse all'accusato la sventura che si era imprecata: così è ancora presso i Samoiedi. In seguito il giuramento bastò a purgare definitivamente l'accusato, ma il populo continuò a credere ai castighi, che colpiscono anche in questa vita lo spergiuro, e spesso il terrore di questi castighi potè forse servire di sufficiente garanzia della verità del giuramento. Così era nel Medio Evo, e forse è in parte anche oggi*». También H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Paris, 1964, p. 59.

[39] Por citar otra cultura, aparece la figura del juramento entre los Griegos en el Código de Gortina, XVIII: «Si existe un testimonio escrito, el Juez resolverá según lo que se diga en dicho escrito, con independencia de la existencia de testigos o de juramentos. Pero si no existe, decidirá con arreglo a lo declarado bajo juramento». También aparecen en Roma, por supuesto. *Vid.* Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 266-267, así como mucho antes en el Código de Hammurabi, por ejemplo en el § 131.

[40] «Alguna otra cosa santa», decía la Partida III, título XI, Ley 1. Otros ejemplos según las religiones profesadas se hallan en la Partida III, título XI, Leyes 19, 20 y 21.

[41] La Partida III, título XVI, Ley 24 citaba a Dios, los Santos y los Evangelios. Pero J. de Hevia Bolaños, *Curia Philípica*, t. I, reimpr. de la edición de Madrid de 1797, Valladolid, 1989, p. 87, basándose en este mismo texto y en la Glosa de G. López, expone una fórmula distinta: «*que jura a Dios y aquella Cruz, y á Santa Maria, y á las palabras de los Santos Evangelios, de decir verdad de lo que supiere en aquel pleyto, tambien por la una Parte, como por la otra, aunque no sea preguntado en ello: y de no descubrir el secreto hasta la publicacion*». En los procesos españoles (y en general salvo en la jura de banderas) se permitió la sustitución de los juramentos por la promesa por el honor a través de la Ley de 24 de noviembre de 1910 (*Gaceta de Madrid*, 25-11-1910, núm. 329, p. 449).

[42] Por eso opinan J. Doak y C. Mcgourlay, *Criminal evidence in context*, London, 2009, p. 27, que el juramento servía para excluir del testimonio a los ateos, y a los que profesaban otras religiones diferentes de las reconocidas oficialmente.

[43] En ese § 131 del Código de Hammurabi se demuestra muy claramente esta afirmación: «Si una mujer casada es acusada por su marido, pero no la sorprende cohabitando con otro hombre, pronunciará el juramento por el dios y volverá a su casa». La traducción es de Lara Peinado, *Código de Hammurabi*, cit., p. 23, pero algo modificada, aunque en completa coherencia con su pensamiento expresado en la nota 395.

[44] Patetta, *Le ordalie*, cit., p. 20.

creyendo en una justicia divina, en un vano intento humano de entrometer forzosamente a la divinidad en los pequeños asuntos de los individuos [45]. Si existe aún el juramento es porque detrás de él, aunque se haya olvidado, está aquel adagio de que «si así lo hiciéreis, que Dios os lo premie, y si no que os lo demande», que le dio origen, puesto que en las sociedades que lo practican con pleno vigor, se sigue creyendo en el inmediato castigo divino del perjuro [46]. Si no se confía en el mismo, el juramento no es más que un residuo de las antiguas ordalías y, por consiguiente, no tiene ninguna razón de ser [47].

Lo que ocurre es que el juramento estuvo presente en más de una norma de prueba legal, y probablemente por ello se favoreció la confusión antes anunciada. No obstante, como aparecerá evidente en el siguiente epígrafe, lo cierto es que salvo en ese detalle, las normas de prueba legal no tienen ni la más mínima relación con las ordalías. Y debe decirse además que las normas de prueba legal, en algunas ocasiones, también vienen a resolver esas situaciones de ausencia de prueba, que siempre han desconcertado a los juzgadores, y por ello han tratado de encontrar diversos subterfugios para combatirlas. Uno de ellos, que también veremos después, es la institución de la carga de la prueba, que por esas mismas razones ya descartadas, también podría vincularse con la ordalía. Pero ello, evidentemente, resulta absurdo, porque lo único que tienen en común la ordalía, su descendiente el juramento, su secuela la promesa, así como la carga de la prueba, es que tratan de luchar contra situaciones de insuficiencia de prueba.

3. EL INTENTO DE CONTROL: LA VALORACIÓN LEGAL DE LA PRUEBA

En un panorama dominado por la valoración libre de la prueba, que corría el riesgo de caer en la discrecionalidad judicial más absoluta, y por las ordalías, no es de extrañar que los legisladores hicieran sucesivos intentos por controlar la arbitrariedad fruto de esos sistemas [48]. Se trataba de dar

---

[45] Como decía F. PATETTA, *Le ordalie*, cit., p. 12, «*L'ordalia è quindi una domanda fatta agli spiritti in certe condizioni e con formalità tali, da indorli o costringerli a rispondere nel modo loro prefisso*».

[46] Un curioso escrito de J. KOHLER, «Über das Recht in Afrika», en BECHMANN y SENDEL, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Neue Folge, t. XII, der ganzen Folge, t. XXXI, München, 1889, pp. 105-106, lo explica, a la vez que confirma plenamente la naturaleza ordálica del juramento: «*Die afrikanischen Ordalien bieten ein reichhaltiges Kapitel in der Geschichte dieser Institution; bekanntlich ist namentlich das Giftordal in Gebrauch, ebenso das Bahrrecht. Die Ordalien sind bald ein-, bald zweiseitig; vielfach ist eine Stellvertretung (durch einen Sklaven oder gar durch ein Thier) hergebracht. Ofters ist das Ordal zum bloßen Eid, zur bloßen Fluchversicherung geworden, so daß bereits die Versicherung reinigt, weil nicht sofort ein bestimmtes Uebel eintritt oder weil das befürchtete Uebel so groß ist, daß man glaubt, daß Niemand dasselbe auf sich laden werde*». Existen otros estudios de KOHLER poco conocidos sobre las ordalías: «Studien über die Ordalien der Naturvölker», *Zeitschrift für vergleichenden Rechtswissenschaft*, 5 (1884), pp. 368 a 376. «Beiträge zur Lehre von den Ordalien», *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, 5, 681-682 y 6, 365-372.

[47] Lo cual habría de ser un motivo para hacer desaparecer estas reliquias históricas de nuestro ordenamiento, en concreto de los arts. 434 LECrim y 335.2, 342 y 365 LEC entre otros preceptos.

[48] Se percata de ello, entre otros, J. IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, pp. 36-37.

seguridad jurídica, intentando que se descubriera mejor la verdad de los hechos [49]. Por ello se empezaron a positivizar exigencias en la convicción de los jueces, que a buen seguro derivaron de la práctica jurisprudencial, como se hace especialmente notorio en las primeras reglas de valoración legal [50]. Veamos la evolución de las mismas.

A) Las primeras normas de prueba legal

Lo poco que sabemos de los orígenes del Derecho Romano [51] ha llevado a algunos autores a la falsa convicción de que el primer sistema de valoración de la prueba fue el legal, lo que es materialmente imposible, como creo haber demostrado unas líneas más atrás.

Y es que hay que remontarse a antes de las leyes de las XII Tablas, que es a lo más remoto que suelen acudir los autores, encontrando, allí sí, normas de prueba legal [52]. Si nos desplazamos a un tiempo anterior comprobaremos cómo las normas de prueba legal debieron surgir, como acabo de decir, a fin de controlar los excesos de la libre valoración y, quizás también, reducir la incidencia de las ordalías. Ello se hace especialmente perceptible, nuevamente, en el Código de Hammurabi, donde se hallan formuladas, en modo arcaico, la mayoría de las normas de prueba legal que vinieron después, e incluso algunas de las que todavía perduran. Tiene especial interés referirse a todas ellas porque son el primer testimonio escrito casi completo de un sistema en sus albores y, por ello, es obligatorio reproducirlas y comentarlas [53].

Las primeras tres normas se refieren a la necesidad de la existencia de testigos para dar por probado un hecho:

> § 10. Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió la cosa, ni a los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que atestigüen (la preexistencia de) la cosa (y el dominio) de dicho propietario, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad.
>
> § 11. Si el propietario de la cosa perdida no presenta testigos que presten testimonio sobre dicho objeto, es un farsante, y puesto que denunció falsamente, será castigado con la muerte.
>
> § 13. Si los testigos del anterior denunciante no estuviesen localizables, los jueces le señalarán un plazo de seis meses. Y si al término del mismo no presenta sus testigos, será considerado un farsante y sufrirá en su totalidad la pena de este proceso.

---

[49] Así, F. Jiménez Conde, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, p. 54.

[50] Aparte de deducirse claramente de la lectura del Código, que es una recopilación de casos concretos, de hecho lo reconoce el propio Hammurabi en el epílogo a sus leyes: «Que en los días venideros [...] no cambie la ley del País que he promulgado, las sentencias del País que he codificado; [...]». Lara Peinado, *Código de Hammurabi*, cit., p. 43.

[51] Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 117 y ss.

[52] Y no sin profundas dudas. *Vid.* Kaser y Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 118.

[53] Seguiré, como siempre, las traducciones de Lara Peinado, *Código de Hammurabi*, cit., p. 6. y ss, aunque serán modificadas en ocasiones para hacer el texto más comprensible, aunque, por descontado, sin modificar en absoluto el sentido de la traducción.

Esas normas, que hablan de testigos en plural, no son más que el antecedente de la máxima *testis unus testis nullus*, que fue tan popular posteriormente sobre todo por el texto que la inspiró del *Codex* de Justiniano [54], aunque lo cierto es que provenía del Antiguo Testamento la máxima que recogieron después diversas leyes, exigiendo la presencia de dos o tres testigos, cuya declaración, por cierto, se valoraba libremente [55]. Después la comentaremos con mayor profundidad por ser una de las principales normas de prueba legal.

Los siguientes preceptos versan sobre la prueba documental:

> § 150. Si el marido donó a su esposa campo, huerta o casa, y le escribió un documento al respecto, después de la muerte del marido sus hijos no podrán reclamarle nada; la madre dejará en herencia esos bienes al hijo que prefiera, pero no a un extraño.
>
> § 182. Si un padre tiene una hija que sea sacerdotisa de Marduk de Babilonia y no la dotó escribiéndole un documento sellado, a la muerte del padre le corresponderá un tercio de la herencia, que podrá dejar en sucesión a quien prefiera.
>
> § 183. Si un padre tiene una hija concubina, y le da dote, le concede marido y le otorga documento sellado al respecto, a la muerte de su padre no heredará ningún bien.

Estos preceptos, aunque parezca increíble, son los precedentes más antiguos del actual valor legal de la prueba en documento público en el proceso civil. En nuestra época se restringió en algunos ordenamientos dicho valor legal a algunos extremos del documento, como es sabido [56], pero la valoración legal de la prueba documental desde luego encuentra sus raíces en los textos transcritos.

Por último, existe un precepto que combina las dos exigencias anteriores:

> § 7. Si alguien manifiesta haber adquirido o recibido en depósito plata, oro, esclavo o esclava, buey, oveja o asno o cualquiera otra cosa, sin testigos ni contrato, será considerado reo de robo y condenado a muerte.

Lo importante de estos preceptos no es exactamente haber identificado las primeras normas de prueba legal del mundo conocido. Su valor es mucho más relevante y se concreta en dos cuestiones.

---

[54] Codex, Libro IV, título XX , núm. 9, § 1: «*Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat*».

[55] Es el lugar donde, además, se formula la conocida ley del talión. Deuteronomio, cap. 19, vs. 15-21: «No basta un solo testigo para declarar a un hombre culpable de crimen o delito; cualquiera que sea la índole del delito, la sentencia deberá fundarse en la declaración de dos o más testigos. Si un falso testigo se levanta contra un hombre y lo acusa de rebeldía, las dos partes en litigio comparecerán delante del Señor, en presencia de los sacerdotes y de los jueces en ejercicio. Los jueces investigarán el caso cuidadosamente, y si se pone de manifiesto que el acusador es un testigo falso y ha atestiguado falsamente contra su hermano, le harán a él lo mismo que él había proyectado hacer contra su hermano. Así harás desaparecer el mal de entre vosotros. Y cuando se enteren los otros, sentirán temor y no volverá a cometerse esta infamia entre vosotros. No tendrás compasión: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie».

[56] *Vid.* art. 319 LEC.

En primer lugar, con la lectura de lo anterior se demuestra que la prueba legal nada en absoluto tiene que ver con las ordalías. Las normas transcritas no presentan ni el más mínimo residuo de un esquema parecido al juicio de dios, por lo que, definitivamente, debe descartarse esta inveterada conclusión. Además, las normas sobre ordalías están perfectamente separadas de los preceptos en los que se introducen normas de valoración legal, por lo que el vínculo entre unas y otras puede considerarse definitivamente descartado.

Pero, en segundo lugar, se demuestra por fin que el primer sistema de valoración de la prueba fue el libre. Estas normas, aunque venga de afirmar deliberadamente lo contrario para favorecer la intelegibilidad de la explicación, en realidad no son en su totalidad auténticas normas de prueba legal en sentido completo. Las que declaran el valor tasado del documento evidentemente sí lo son, porque no parecen darle alternativa al juez en cuanto a la valoración del escrito. Pero las que exigen la presencia de testigos están a medio camino entre el sistema de valoración libre y el legal, porque si bien recogen la obligación de presentar testimonios, en realidad esos testimonios, una vez presentados, son de libre valoración, a diferencia de lo que ocurrió tiempo después y que veremos más adelante. Ello confirma que estas normas, en lo referido a los testigos, parten de un sistema de libre valoración, y simplemente tratan de conducir o guiar dicho sistema exigiendo la presencia de esos testimonios, es decir, haciendo poco a poco más legal la prueba. De hecho, la norma del Deuteronomio antes citada que exigía dos o tres testigos, no es más que una continuación de esa tendencia tomando como antecedente el precepto de Hammurabi, norma que a buen seguro se tuvo en cuenta en la redacción del Deuteronomio, como está ampliamente probado por la historiografía.

Y todo ello, como digo, arroja la conclusión de que el primer sistema de valoración de la prueba fue el libre, resultado que confirma la afirmación que se formuló líneas atrás. La prueba legal, o la valoración legal o tasada de la prueba no es más que un intento de orientar la valoración probatoria del juez, guiándola en menos o en más, hasta convertirse en una norma que no le deja margen de discrecionalidad, momento en el que se transforma en una auténtica norma de prueba legal, como más adelante se concretará.

B) La llamada «carga de la prueba»

Dentro de la historia de la valoración de la prueba, aparte de las ordalías, nos encontramos con otra institución ciertamente desconcertante: la llamada «carga de la prueba». En lo que consiste, sin entrar por el momento en más detalles, es sobradamente conocido en su formulación más tradicional: en supuestos de ausencia de prueba el ordenamiento atribuye las consecuencias negativas de dicha ausencia a una o a otra parte. Y normalmente ello determina para el perjudicado la pérdida del proceso. Como precisan con gran exactitud ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, no se utiliza el mecanismo de la carga de la prueba en supuestos de duda del juez, sino

sólo cuando no existe prueba [57]. En esta conclusión está de acuerdo la manualística [58].

Desde luego, después de esa conclusión cabe preguntarse inmediatamente por la naturaleza jurídica de una institución de una formulación tan radical que parece bastante arcaica. Sin embargo, sobre ello reflexionaremos más adelante. Por ahora, en este epígrafe histórico me ocuparé solamente del origen de estas normas.

Nuevamente, y se desprende con claridad del epígrafe anterior, la carga de la prueba no tiene origen romano, sino que es mucho más remoto, y ello pese a que las expresiones con las que ha pasado a la historia, *onus probandi* u *onus probationis* [59], sí están inspiradas en el Derecho Romano [60]. En las disposiciones del Código de Hammurabi antes transcritas se nos decía que a quien no presentara las pruebas exigidas se le condenaba nada menos que a muerte. Y ello no es más que una norma de carga de la prueba en sentido propio, formulada a la vez que una norma de valoración legal de la prueba, de manera que se confunden ambas, al menos en ese periodo inicial. En esos preceptos no es posible separar, por un lado, la valoración legal de la prueba y por el otro la carga de la prueba, dado que, en las normas referidas, para ganar el proceso se exige presentar testigos o un documento. Ésa es la norma de prueba legal. Y de no ser presentadas tales pruebas —probablemente las únicas posibles en aquel tiempo, al margen de la declaración de parte— se perdía el proceso [61]. Lo cual nos deja ante dos caras de una y la misma moneda. Al menos en este tiempo inicial, no puede hablarse de una auténtica distinción entre carga de la prueba y prueba de valoración legal.

Pero avancemos un poco más en el tiempo, aun permaneciendo en épocas remotas. KASER [62], aun con dudas, ha identificado normas de carga de la prueba en el proceso romano de las *legis actiones*, en concreto en la *actio in rem per sponsionem*, en la que se obliga al demandante a probar su propiedad sobre la cosa, perdiendo el proceso en caso contrario, sin que el demandado parezca que tenga que probar nada. Es lo mismo que ocurre en el proceso de manumisión de la misma época, en la que el demandado gana el proceso si el demandante no prueba sus alegaciones. Y de todo ello KASER deduce, lógicamente, que estamos ante un precedente de las actuales normas de carga de la

[57] Lo que llaman los autores, en general, «*Beweislosigkeit*». *Vid.* ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 780.

[58] Por todos, O. JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, München, 2007, p. 164. W. LÜKE, *Zivilprozessrecht*, München, 2006, p. 281.

[59] Dig. 22.3.25.3. PAULUS, «*In omnibus autem visionibus quas praeposuimus licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo rei veritate iusiurandum ferre, prius ipso pro calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando*».

[60] *Vid.* Codex, Libro IV, título XIX, 15, 16, 21.

[61] Por cierto, con consecuencias especialmente dramáticas. Creo que nadie que ha hablado de las «consecuencias negativas» de la falta de prueba de un hecho, hubiera podido pensar en algo tan aterrador como la muerte de uno de los litigantes.

[62] KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 118.

prueba que obligan al demandante a probar las afirmaciones que sustentan su pretensión [63].

En todos los casos citados, la prueba, una vez presentada, parece ser de libre valoración. Pero si no se presenta, el litigante pierde el proceso, lo que recuerda más bien a una norma de prueba legal, ya que el juez, pese a la ausencia de prueba, podría verse tentado de fallar en sentido contrario, como no pocas veces ocurre actualmente cuando el juzgador sabe que no tiene más remedio que darle la razón a un embustero frente al ciudadano honrado que no miente, pero no puede probar lo que dice. Sobre ello reflexionaremos más tarde.

Pero vayamos, por último, a otro Derecho remoto: el germánico del *Sachsenspiegel* o Espéculo Sajón, el primer texto escrito en alemán proveniente de la Alta Edad Media. En esta fuente, según deduce BETHMANN-HOLLWEG [64], en los procesos sobre cosas muebles se privilegiaba la posición del demandado, dado que al tener la posesión también tenía más cerca la posibilidad de prueba en su defensa [65], y por ello incumbía al actor la prueba de la posesión ilegítima a través de testigos [66]. Este mismo litigio, en Derecho Germánico muy remoto se habría solucionado, al parecer [67], a través de una ordalía, dulcificada o no con el juramento, su versión más civilizada. Pero al margen de ello, lo que es importante señalar es que lo que ordena el *Sachsenspiegel* no difiere de lo visto anteriormente en otros Derechos antiguos, pero la explicación del porqué se exige la prueba al demandante no deja de ser original, y descubre cuál es la esencia última de la carga de la prueba: la facilidad probatoria del demandado, que como ya expresé en otro lugar, no es más que un ingenioso resumen de las reglas actualmente existentes [68], base en el fondo de toda la institución de la carga de la prueba. Pero en este caso, curiosamente, nótese que opera en sentido contrario a lo habitual. El ordenamiento parte de la base de que el demandado puede tener mejor prueba, porque alberga la posesión. Y por ello, se deduce *a priori* que en cualquier proceso se le daría la razón. Para que ese estado de cosas cambie debe exigírsele al demandante que pruebe lo contrario, y nada se le exige al demandado, al menos de momento, porque se parte de la base de que podría defender con facilidad su posición jurídica. Y de ahí la tradicional exigencia de la carga de la prueba del demandante.

---

[63] KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 118: «Dann gilt bereits hier die allgemeine, auch in späteren Recht bekannte Regel, nach der der Kläger die Grundlage seines Begehrens zu beweisen hat».

[64] BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß*, cit., p. 43.

[65] Lo que, por cierto, constituye un primer precedente —aunque curiosamente en sentido contrario como diré después— del principio de facilidad probatoria instituido en el art. 217.7 LEC, por sugerencia de un sector doctrinal que lo postuló o, al menos, lo inspiró (*vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario al art. 1.214 CC*, cit., pp. 65 y ss). Aunque tras la lectura del texto principal ciertamente cabría decir aquello de *nihil novum sub sole*.

[66] El texto, citado por el propio BETHMAN-HOLLWEG, *op. cit.*, nota 17, pese a estar escrito en alemán antiguo, no deja lugar a la duda: «*be mut it mit mereme rechte behalden, jene die it in gewere hevet, dene de't anegevanget hevet*».

[67] BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß*, cit., p. 44.

[68] J. NIEVA FENOLL, «Imprecisiones privatistas de la Ciencia jurisdiccional», *Justicia*, 2008, núms. 3-4, p. 333.

En cualquier caso, lo anterior no es más que una positivización de una experiencia judicial [69], de una lógica [70] repetida en varios procesos, de un juicio reiterado, que se convierte en una disposición legal cuando accede a un texto jurídico: en caso de que el demandante no pueda probar lo que dice, se le dará la razón al demandado, sin posibilidad de opción para el juez ni siquiera para valorar la prueba del demandado, que ni tan sólo se le exige. Y así sigue siendo a día de hoy.

La pregunta es si todo lo descrito, y con la explicación que precede, es una regla de carga de la prueba o una norma de prueba legal [71] para supuestos de ausencia de prueba. Lo veremos más adelante, pero debe adelantarse ya que desde el punto de vista histórico, sea cual fuere el Derecho antiguo considerado, una y otra cosa, prueba legal y carga de la prueba, resultan ser exactamente lo mismo en ese periodo remoto.

C) La trayectoria posterior de las normas de prueba legal y su subsistencia en las legislaciones contemporáneas

Cerremos el paréntesis que ha supuesto el epígrafe anterior, que quizás no sea tal, y volvamos a las normas de prueba legal.

Pasando revista a lo que sucedió desde época romana hasta el principio de la edad moderna, se observa que si bien se mantuvo siempre el principio de libre valoración de la prueba, lo cierto es que, con el tiempo, las normas de prueba legal fueron creciendo en número, aunque no con la intensidad que se ha solido decir, al menos según lo que se disponía en las leyes. Empecemos por la fuente de Derecho que más influyó tras las leyes mesopotámicas: el Derecho Romano.

Dicho Derecho, aunque partía de la libre valoración con algunas normas de prueba legal en sus comienzos [72], parece que tras un largo periodo en el que se supone que se impuso la valoración libre en toda su extensión, debió acabar utilizando nuevamente algunas normas de prueba legal. Pero por la lectura de sus pasajes dedicados a la prueba [73], parece que sus frases en su mayoría no son sino orientaciones y recomendaciones para la libre valoración de la prueba que, como vamos a ver, algunos legisladores posteriores tomaron quizás demasiado en serio, o al menos demasiado al pie de la letra.

---

[69] «*Die Beweislast richtet sich nun aber nicht nach "freier Überzeugung", sondern nach bestimmten Rechtsregeln, die theils aus der allgemeinen Natur der Dinge sich ergeben, theils mit der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse genau zusammenhängen*». Así lo expresaba O. BÄHR, «Die Grenzen der freien Beweistheorie», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. XXV (1887), p. 398. *Vid.* también en sentido parecido G. A. MICHELI, *La carga de la prueba*, trad. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1970, p. 5.

[70] E. BONNIER, *Tratado teórico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal*, trad. VICENTE Y CARAVANTES, Madrid, 1869, p. 37.

[71] *Vid.* MICHELI, *La carga de la prueba*, cit., p. 6.

[72] Cfr. KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 117-118.

[73] Codex, Libro IV, título XIX, XX y XXI.

Y es que no son sino puras admoniciones —y no normas de prueba legal— los pasajes dedicados a la prueba documental. En ese sentido decía el Codex que los documentos privados no hacen prueba por sí solos, si no existen otros medios de prueba que los corroboren [74]. Se concreta además que los documentos contables del difunto tampoco hacen prueba plena de lo que se le debiere [75], pero sí de lo que adeudare si el difunto hubiere jurado dicha cuenta [76]. También se dice que nadie puede probar lo que le es debido con documentos elaborados por el propio acreedor [77]. Sin embargo, todo ello simplemente trata de guiar la valoración de la prueba del juez de manera que no cometa crasos errores contradiciendo lo que es obvio. Es cierto que las disposiciones están promulgadas por emperadores, pero no están formuladas como pruebas legales. Bien al contrario, de lo que se trata es de que el juez no conceda un valor privilegiado a algunos documentos, renunciando así el juzgador, de hecho, a la libre valoración de la prueba. Es decir, lo que se intentaba era decirle al juez que buscara pruebas, que apreciara en su conjunto el material probatorio, y no que creyera en una sola prueba. Es exactamente lo mismo que sucede cuando el art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aduce que «la confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito». Y nadie se ha atrevido a mantener ni por un asomo que esta norma, cuando se aplica por analogía en el juicio oral, constituya una norma de prueba legal. Porque simplemente no lo es. Bien al contrario, este precepto, y el resto de normas análogas del *Codex*, son reglas que tratan de guiar y promover la libre valoración de la prueba [78].

Exactamente lo mismo sucede en el momento en que el *Codex* regula la prueba testifical, cuando indica que no tiene valor la declaración testifical por sí sola, si no viene corroborada por otras pruebas [79], punto este último —la valoración conjunta— que es característico de la valoración libre de la prueba. Exactamente lo mismo sucede cuando se exige que el testigo sea honesto y que deba prestar juramento [80]: la honestidad la va a medir libremente el juez al valorar el testimonio, y el juramento solamente es una forma de co-

[74] Codex, Libro IV, título XIX, 5.
[75] Codex, Libro IV, título XIX, 6.
[76] Codex, Libro IV, título XIX, 6, Authent.
[77] Codex, Libro IV, título XIX, 7.
[78] Este carácter admonitivo se ve todavía más claro en Codex, Libro IV, título XXI, 1, y especialmente en el inciso 20, cuando se explica el procedimiento del cotejo de letras. *Vid.* también Codex, Libro IV, título XIX, 18, así como los preceptos que aluden a los procesos en que se pone en cuestión la condición de esclava de una persona, determinándose que la prueba que debe aportarse es la manumisión de la madre, y no la prueba indiciaria consistente en demostrar que los hermanos de la demandada son libres (Codex, Libro IV, título XIX, 17). Aunque al contrario, se indica que el hecho de que los hermanos sean esclavos no prueba que esa persona sea esclava también (Codex, Libro IV, título XIX, 22). También se expresan admoniciones en el siguiente caso: en caso de demostrarse el robo de los documentos de compra de una persona, se presume que dicha persona es esclava (Codex, Libro IV, título XIX, 20). Ello no es una norma de prueba legal, puesto que la existencia del robo se demostrará a través de pruebas de libre valoración.
[79] Codex, Libro IV, título XX, 4.
[80] Codex, Libro IV, título XX, 5.

rroborar dicha honestidad, dado que en este caso ni siquiera tiene la fuerza de la confesión.

Pero en relación con la prueba testifical, ya se encuentran finalmente preceptos de prueba legal, simplemente porque en los casos que vamos a ver el legislador sí que da el paso final hacia la valoración tasada, consistente en prohibir otra alternativa a su mandato. Ya no permite que el juez valore la credibilidad de algunos testigos, sino que le señala que los testigos indicados por la ley simplemente no son creíbles. De ese modo, son normas de prueba legal las que prohíben declarar a ascendientes y descendientes en los procesos entre unos y otros [81], o los preceptos que prohíben declarar a libertos [82] y a esclavos sobre hechos relacionados con su dueño aunque no sobre hechos propios [83], pese a que se prohíbe genéricamente la declaración del testigo. También son normas de prueba legal las que prohíben el testimonio de un único testigo [84], o el testimonio en causa propia [85]. O aún más evidente son las que exigen 5 testigos para acreditar el parentesco, y 3 si además se tienen documentos de dicho parentesco [86]. También se exigen 5 testigos para probar la existencia de una deuda que no consta en documento. O incluso constando, que éste se hubiere perdido por fuerza mayor [87]. Todo ello sí que son normas de prueba legal, pese al matiz de que la valoración de los testimonios sea, como ya dijimos anteriormente, libre.

Por consiguiente, cabe extraer la conclusión de que el sistema romano, incluso en época justinianea, era libre, pero en él existían algunas pocas normas de prueba legal cuya trascendencia no debiera sobredimensionarse, si se tiene en cuenta la enorme cantidad de casos concretos que quedaban fuera de los mandatos de las pruebas legales referidas.

Junto al Derecho Romano, contemporáneamente contamos con el testimonio del Derecho Germánico. Sin entrar en un examen de todo él, sí conviene tener en cuenta dos de sus leyes que más influyeron posteriormente en época medieval, y que cronológicamente su promulgación ya pertenece a la más alta Edad media: el *Liber iudiciorum* [88] y la *Lex Salica* [89].

El *Liber* también contiene normas de prueba legal, pero son asimismo escasas. Se parte nuevamente de la libre valoración [90], aunque se acude en se-

[81] Codex, Libro IV, título XX, 6 y 9.

[82] Codex, Libro IV, título XX, 12.

[83] Codex, Libro IV, título XX, 8. Aunque la prohibición acabó alcanzando a cualquier declaración del esclavo. *Vid.* Codex, Libro IV, título XX, 11.

[84] Codex, Libro IV, título XX, 9.

[85] Codex, Libro IV, título XX, 10.

[86] Codex, Libro IV, título XX, 15, 1.

[87] Codex, Libro IV, título XX, 18.

[88] Se trabaja con la edición del *Fuero Juzgo*, realizada por la Real Academia Española en Madrid 1815, Reedición facsímil de Valladolid, 1990.

[89] Se utilizará el texto publicado por BEHREND, y corregido por A. BORETIUS de Berlín, 1874. Una versión posterior, más ampliada y traducida al alemán, puede encontrarse en K. A. ECKHARDT, *Lex Salica, 100 Titel-Text*, Weimar, 1953.

[90] Fuero Juzgo, Libro II, título IV, II. «... *E si la una de las partes diere otras tantas testimonias cuemo el otra parte, el iuez debe primeramientre catar quales deven seer mas creydas...*».

guida al juramento en caso de duda [91], lo que no es más que la sustitución de la antigua ordalía y, en definitiva, la anulación de cualquier actividad de valoración probatoria, libre o legal. Las normas de valoración legal que se contienen en el *Liber*, aunque con alguna variación, no suponen cambios demasiado sustanciales con respecto a las establecidas en el *Codex*. Se concretan bastante los supuestos de testigos desleales a los que se aplica la prohibición de testificar [92], y se establece la prohibición de testificar para los menores de 14 años [93] y para los familiares [94]. Seguidamente se le da un valor privilegiado al documento frente al testimonio [95], y se detallan las normas para confeccionar documentos que están llamados a tener pleno valor probatorio [96], que de hecho son los antecedentes de los documentos públicos. Por tanto, como se ve, las normas de prueba legal en absoluto representan en esta compilación una parte sustancial de la misma.

Sin embargo, la Lex Salica carece casi por completo de estas normas. Se trata, como es sabido, de fragmentos de un texto del siglo VI promulgado por Clodoveo I, rey de los Francos, que recopilaba y actualizaba buena parte de las más antiguas leyes germánicas, y que estuvo en gran medida en vigor hasta el siglo XIII aproximadamente, sin descartar que parte de sus preceptos siguieron rigiendo mucho después [97].

Las normas contenidas en la misma disponen también, en general, la libre apreciación de la prueba. El frecuente uso de la palabra «*adprobatum*» con respecto a los más variados delitos, sin más matizaciones, así lo demuestra. Sólo se localizan unas pocas reglas que podrían calificarse, no sin alguna explicación previa, como prueba legal. En concreto la XLVI (*De hac famirem*) [98] y la LVI (*De eo qui ad mallum venire contemnit*) [99].

---

[91] Fuero Juzgo, Libro II, título II, VI. «*En los pleytos que el iues oye, cada una de las partes debe dar sus pesquisas é sus pruevas, y el iuez debe catar qual prueva meior. E si por las pruevas non pudiere saber la verdad, estonze debe mandar el iues á aquel de quien se querellavan, que se salve por su sacramiento, que aquella cosa quel demandan, non la ovo, nin la a, ni sabe ende nada, ni lo cree, ni que non fizo aquello quel dizen. E pues que iurar aquel quel demandó tuerto, peche V. sueldos.*

[92] Fuero Juzgo, Libro II, título IV, I. «*Los omizeros, é los sorteros, é los siervos, é los ladrones, é los pecadores, é los que dan yervas, é los que fuerzan las muieres, é los que dixióron falso testimonio, é los que van por pedir conseio a las sorteras: estos non deven recebir por testimonio en nenguna manera*». En cuanto a los siervos, vid también Fuero Juzgo, Libro II, título IV, IV y X.

[93] *Fuero Juzgo*, Libro II, título IV, XII.

[94] *Fuero Juzgo*, Libro II, título IV, XIII.

[95] Fuero Juzgo, Libro II, título IV, III. «*Quando la testimonia dize una cosa, y otra cosa es escripto, en lo que él dixo, maguer que lo quiera desdezir, mas debe valer el escripto*».

[96] *Fuero Juzgo*, Libro II, título V, especialmente I, III, X, XI, XV.

[97] Uno de ellos, el LIX, 5, probablemente el más conocido, el que establece la preferencia de los varones en la herencia de tierras, que ha influido hasta en la mismísima Constitución Española de 1978 en cuanto a la sucesión al trono. «*De terra vero nulla in muliere hereditas non pertinebit sed ad virilem sexum qui fratres fuerint, tota terra perteneat*».

[98] «*1. Hoc convenit observare ut thunginus aut centenarius mallo indicant et scutum in illo mallo habere debent et tres homines tres causas demandare debent. Postea requirent hominem qui ei non perteneat et sic fistucam in laisum jactet. Et ipse in cui laisum fistucam jactavit, in casa ipsius manere debet. Et hospites tres vel amplius collegere debet et de facultatem quantum ei creditum est in potestatem suam habere debet. Et postea ipse cui isto creditum est, ista omnia cum testibus collectis agere debet. Postea aut ante rege aut in mallo illi cui fortuna sua depotavit reddere debet et accipiat fistucam in mallo ipso. Ante XII menses quos heredes appellavit in laisum jactet; nec minus nec ma-*

(Nota 99 en página siguiente)

La primera de ellas se refiere a la transmisión de la propiedad de una forma bastante arcaica [100], que se exige que sea realizada en presencia de tres testigos, que posteriormente, junto con otros, tendrán que atestiguar lo que sucedió si alguien lo pusiera en duda. La segunda es similar, pero con el pretexto de acreditar el incumplimiento de una sentencia. También se exige la presencia de testigos, en este caso doce. Tres para atestiguar que la sentencia contenía la condena y que ésta ha sido incumplida, tres más que atestigüen que el condenado no cumplió la sentencia en los siguientes cuarenta días, tres más que testimonien que le citaron para que procediera al cumplimiento, y tres más que den fe de que no cumplió en esta última oportunidad.

Todo ello no son más que disposiciones de Derecho más bien privado, ciertamente, pero estaban llamadas a tener una eficacia probatoria en el proceso. Siendo así, es obvio que son normas de prueba legal, pero dichas normas, como se deduce claramente de lo anterior, no son nada frecuentes. Lo cual quiere decir que en la amplia zona de Europa en la que rigió la Ley Sálica hasta el siglo XIII, obviamente no existían apenas preceptos de prueba legal.

Este panorama es el que tenían ante sí los legisladores más influyentes de la Baja Edad Media y de la época inmediatamente posterior. Es decir, los que redactaron las Partidas [101] y la *Constitutio criminalis Carolina* [102], las dos leyes generalistas más relevantes de ese periodo. En estas leyes sí que se empiezan

---

jus nisi quantum ei creditum est. 2. Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere quod ibi fuissent in mallo quem thunginus aut centenarius indixerit et quomodo vidissent hominem illum qui furtuna sua dare voluerit in laisum illius quem jam elegit fistucam jactare: debent denominare illo qui fortuna sua in laiso jactat et illo quem heredem appellit similiter nominent. Et alteri tres testes jurati dicere debent quod in casa illius qui fortuna sua donavit ille in cujus laisu fistuca jactata est ibidem mansisset et hospites tres vel amplius ibidem collegisset et in beodum pultis manducassent et testes collegissent et illi hospites ei de susceptione gratias egissent. Ista omnia illi alii testis jurato dicere debent et hoc quod in mallo ante regem vel legitimo mallo publico ille, qui accepit in laisum furtuna ipsa aut ante regem aut in mallo publico legitimo hoc est in mallobergo ante teoda aut thunginum furtunam illam, quos heredes appellavit publice coram populo fistucam in laiso jactasset; hoc est novem testes ista omnia debent adfirmare».

[99] «*1. Si quis ad mallum venire contempserit aut quod ei a rachineburgiis fuerit judicatum adimplere distulerit, si nec de compositione nec ineo nec de ulla legem fidem facere voluerit, tunc ad regis praesentia ipso manire debet. Et ibi duodicem testes erunt qui per singulas vices tres jurati dicant, quod ibi fuerunt ubi rachineburgius judicavit, ut aut ad ineo ambularet aut fidem de conpositione faceret et ille dispexerit. Iterum alii tres jurare debent ut ibi fuissent illa die quando rachineburgii judicaverunt, ut aut per ineo aut per conpositione se educeret, hoc est de illa die in XL noctis in mallobergo iterum ei solem collocaverit et nullatenus legem voluerit adimplere. 2. Tunc eum debet manire ante regem hoc est in noctes XIV et tria testimonia jurare debent, quod ibi fuerunt ubi eum manivit et solem collocavit. Si nec tunc venit, ista novem testimonia jurati sicut superius diximus dicant. Similiter illa die si non venerit, collocet ei solem et illa tria testimonia qui ibi fuerunt ubi collocavit solem, iterum jurare debent. Tunc si ille qui admallat, ista omnia impleverit et qui admallatus est, ad nullum placitum venire voluerit, tunc rex ad quem manitus est, extra sermonem suum ponat eum. Tunc ipse culpabilis et omnes res suas erunt. Et quicumque eum aut paverit aut hospitalem dederit, etiam si uxor sua proxima, hoc est DC dinarios qui faciunt solidos XV culpabilis judicetur, donec omnia que imputatur conponat*».

[100] Tocando el otorgante con su vara el vientre del receptor.

[101] Se trabajará con el texto de I. Santpons Barba, R. Martí de Eixalà y J. Ferrer Subirana, *Las siete Partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, Barcelona, 1844.

[102] *Vid.* J. Kohler, *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen: Text, Erläuterung, Geschichte*, Reed. de 1968.

a ver, con más frecuencia, normas de prueba legal. Pero tampoco se confirma en ellas la conclusión tan frecuentemente reiterada, de que el Derecho previo a las codificaciones del siglo XIX se caracterizaba por la frecuente utilización de normas de prueba legal. No obstante, la formulación de dichas leyes ya no está formulada en tono admonitivo, sino que es mucho más tajante, hasta el punto de convertir las antiguas orientaciones romanas en auténticas prohibiciones, lo que supone un cambio relevante en el sistema. Previa la exposición del contenido de las dos leyes citadas trataré de justificar dicho cambio.

Las Partidas ven la luz hacia mediados de ese mismo siglo XIII. En dicho texto, tras una detallada exposición de diversos casos de carga de la prueba [103], y una prohibición genérica de las ordalías [104], abundan también las admoniciones para el juez, que no excluyen la libre valoración de la prueba, como la que señala que puede probarse el fallecimiento como hecho notorio si el deceso pudo suceder hacía más de 10 años, y que en cambio son precisos testigos directos de la muerte y el entierro, si el óbito acaeció en un plazo inferior a cinco años [105]. Pero existen muchas más a lo largo de toda la obra legislativa, puesto que es sabido que las Partidas son un texto a medio camino entre una norma y un manual.

En cambio, auténticas normas de prueba legal son las prohibiciones de testificar, y éstas son precisamente las que han propiciado la fama de que las leyes medievales contenían muchas normas de prueba legal, porque son ciertamente muy numerosas, y reflejan la mayoría de prejuicios de la época [106], así como algunas de las prohibiciones cuyos restos aún existen hoy en día, muchas de las cuales son copia, como puede verse, de las disposiciones del Codex y del *Liber iudiciorum*, aunque corregidas y relevantemente aumentadas. De ese modo, se estableció la prohibición de testificar a los menores de veinte años en pleitos criminales y de catorce en pleitos civiles, salvo que en ambos casos tuvieran buen entendimiento [107]. También se prohibió testificar a los familiares en los pleitos que tuvieren entre sí [108], a los enemigos [109] así como a los vendedores en pleitos sobre la cosa vendida, a los jueces en procesos que les correspondiera juzgar o hubieren juzgado, salvo que tuvieren que declarar ante la superior instancia precisamente sobre lo que hubieren resuelto [110]. Asimismo se impidió la declaración de Abogados y Procuradores en pleitos de sus clientes, salvo que solicite su testimonio la contraparte, y

---

[103] Partida III, título XIV, Leyes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 10.

[104] Aunque concretándola en los duelos. Partida III, título XIV, Ley 8.

[105] Partida III, título XIV, Ley 14.

[106] La Partida III, título XVI prohibía testificar a muy diversas personas, incurriendo en evidentes situaciones discriminatorias: personas de mala fama, condenados por falso testimonio, falsificadores, envenenadores, abortistas, asesinos, adúlteros, libertinos, violadores, apóstatas, incestuosos, enajenados mentales, ladrones, proxenetas, tahures, lesbianas transvestidas, pobres de solemnidad, mentirosos, incumplidores de sentencias, judíos, musulmanes, herejes (Ley 8), presos, toreros, prostitutas, libertos en pleito de su antiguo señor (Ley 10), siervos (salvo excepciones y bajo tormento, Leyes 12 y 13), así como en pleitos hereditarios, a mujeres y hermafroditas que «*tirassen mas a varon que a muger*» (Ley 17).

[107] Partida III, título XVI, Ley 9.

[108] Partida III, título XVI, Leyes 14, 15 y 16.

[109] Partida III, título XVI, Ley 22.

[110] Partida III, título XVI, Ley 19.

en las mismas condiciones a los representantes legales en procesos que ellos mismos promoviesen [111]. Se vedó también la declaración de los compañeros de profesión, en procesos relacionados con su actividad profesional [112]. También se prohibió declarar a las propias partes (o a sus dependientes) en pleito propio, salvo que fuere a petición de la parte contraria [113].

Al margen de esas prohibiciones, existían también otras normas de prueba legal que se inmiscuían aún más en la valoración. De ese modo se establecieron las siguientes reglas tasadas:

— Prohibición de probar sólo por presunciones en el proceso penal, salvo en el caso de adulterio [114].
— Exigencia de la presencia de dos testigos en cualquier pleito para dar por probado un hecho, o incluso de más en casos particulares [115].
— Prohibición del testimonio de referencia [116].
— Los documentos, en general, realizados según lo establecido en las leyes [117] tenían valor de prueba plena en cuanto al contenido de dichos documentos. Indudablemente la tenían los documentos públicos [118], estableciéndose el valor privilegiado del testimonio del escribano (de buena fama) sobre su autoría de un documento público, salvo prueba de falsedad [119].

Por último, existía la figura del juramento [120], que no era en realidad prueba, dado que excluía la celebración de dicha prueba [121] y, de hecho, en ocasiones trataba de ser evitado si existían pruebas sobre el hecho [122]. Además, ni siquiera podía realizarse en todo caso, sino que existían excepciones [123]. Desde luego, lo declarado bajo juramento tenía valor legal en lo que perjudicare al declarante, pero lo lógico es que lo más frecuente fuera que ambas partes jurasen y que los juramentos se anulasen entre sí. Pero insisto en que el juramento no es una prueba. Como ya indiqué, es un residuo de la ordalía y, al igual que ésta, excluye la prueba.

---

[111] Partida III, título XVI, Ley 20.

[112] Partida III, título XVI, Ley 21.

[113] Partida III, título XVI, Ley 18.

[114] Partida III, título XIV, Ley 12.

[115] Partida III, título XVI, Ley 32. Se exigían, como digo, dos testigos, salvo que quien testificara fuera el Rey, en cuyo caso podía declarar como único testigo. Se exigían en cambio 5 testigos si no existía prueba documental en los procesos de reclamación de cantidad. Y en los procesos testamentarios se exigían 7 testigos, 8 si el finado era ciego. O 5 en casos de mandas. El número máximo de testigos en cualquier pleito era de 12.

[116] Partida III, título XVI, Ley 28. En esta importante ley se detallan bastantes orientaciones sobre cómo interrogar a un testigo. Una puntual excepción a la prohibición del testimonio de referencia se halla en la Partida III, título XVI, Ley 29, en los procesos sobre obras antiguas, si no vivieren testigos directos de su ejecución.

[117] Las múltiples de la Partida III, título XVIII, en especial la Ley 114.

[118] Partida III, título XVIII, Leyes 28, 54 y 55.

[119] Partida III, título XVIII, Leyes 115 y 117.

[120] Su regulación es detallada y extensísima. Está en todo el título XI de la Partida III.

[121] Así se reconoce en la Partida III, título XI, Ley 18: «...*si le dieren la jura en lugar de prueva*...».

[122] Partida III, título XI, Ley 10.

[123] Partida III, título XI, Leyes 9 y 18 especialmente.

Diferente del juramento era la confesión (*Conocencia*) [124]. Si se lee solamente la Ley 2 del título XIII de la Partida III, es posible quedarse con la conclusión de que la confesión realizada bajo juramento tenía valor legal, porque así se dice literalmente tanto para los procesos civiles como para los penales. Pero en realidad no es así. Si se avanza en la lectura hasta las Leyes 6 y 7, volvemos a encontrar preceptos simplemente admonitivos que detallan a modo de ejemplo diversas situaciones en las que la confesión no debe ser creída. Y una de ellas, la más genérica, impide que la confesión haga prueba plena si lo declarado «no es cierto», o es «*contra natura*». Es decir, que el juez, como le dice la Ley 6, debía preguntar a las partes para averiguar la verdad de los hechos, y por supuesto debía aplicar las máximas de experiencia para comprobar si lo declarado era posible o no. Por tanto, en estas condiciones, la única conclusión posible es declarar que en las Partidas la confesión no tenía valor legal. Y que solamente fueron las leyes posteriores, y la práctica, las que confundieron [125] y mezclaron la eficacia del juramento, especialmente el deferido [126], con la confesión [127], y le dieron finalmente un valor absolutamente privilegiado a dicha confesión, confundidos probablemente por el tenor un tanto vehemente de las frases del preámbulo del título XIII de la Partida III que describían la *Conocencia* [128], pero que se desmentía claramente por las leyes posteriores.

Y, como siempre, todo el resto de la prueba era, sin duda, de libre valoración [129], recordándose ello específicamente con respecto a la prueba en documento privado, aunque no sin posibilidades de que pudiera tener valor tasado [130]. Sin embargo, con las Partidas el número de normas de prueba legal aumentó, aunque sin excluir normalmente la libre valoración sino que, bien al contrario, tratando de propiciarla cuando fuera posible. Las pruebas más frecuentes, es decir, los testimonios y los documentos privados, seguían siendo de libre valoración. Es cierto que en los puntos señalados el margen de maniobra del juez castellano se redujo mucho más allá de lo que se había reducido para los jueces romanos. Pero en ningún caso se anuló la libre valoración en el mayor número de casos.

---

[124] Partida III, título XIII.

[125] *Vid.* al respecto F. Jiménez Conde, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Madrid, 2007, pp. 22 y ss.

[126] Partida III, título XIII, Ley 2.

[127] Se comprueba perfectamente este extremo leyendo a L. Gómez Negro, *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1838, p. 99: «Como la confesión es un medio de prueba [...] A este medio de prueba pertenece tambien la del juramento, como que realmente no es otra cosa que una relacion jurada».

[128] «*Conocencias fazen a las vegadas las partes, de la cosa, o del fecho sobre que les facen preguntas en juyzio; de manera que non ha menester sobre aquel pleyto otra prueva, nin otro averiguamiento*».

[129] Prueba documental: Partida III, título XVIII, Leyes 112, 116, 117, 118. Prueba testifical: Partida III, título XVI, Leyes 26, 28, 30, 31. *Vid.* especialmente las Leyes 40, 41, en donde se explica muy detalladamente la mecánica de la libre valoración de esta última prueba.

[130] Partida III, título XVIII, Ley 119: valor libre del documento privado, salvo juramento de la contraria sobre su autoría o que comparecieran dos testigos diciendo que la contraria realizó ese documento. Ley 121: valor libre del documento contable, salvo juramento del finado sobre dicho documento, o testimonio de un presente en la confección del mismo.

En la *Constitutio criminalis Carolina* de 1532, la tendencia creciente hacia la prueba legal se invierte, menguando considerablemente, puesto que se parte en todo momento de la libre valoración del juez [131], sólo con algunas pocas restricciones copiadas quizás de las Partidas. En este sentido, se prohibe testificar a testigos cuya fama se desconozca, así como a aquellos que fueron sobornados. No obstante, las tres normas por las que la *Carolina* ha pasado por ser —entiendo que erróneamente— un texto legislativo que impulsaba decididamente la prueba legal, son el valor legal de la confesión [132], la prohibición del testimonio de referencia [133], así como la necesaria existencia de dos o tres testigos para probar un hecho [134]. Y entiendo que es una exageración inferir que de la existencia de esas pocas reglas, por frecuentes que fueran —especialmente la confesión, que se forzaba no pocas veces— el sistema probatorio de la *Carolina* fuera el legal. Nada más lejos de la realidad. Más que la confesión, lo que excluía la labor probatoria del juez era el juramento, que insisto en que no es ningún medio de prueba. Los testimonios de los testigos que comparecían a declarar, una vez cubierto su número, eran de libre valoración. Que se prohibiera el testimonio de referencia sí que es una norma de valoración legal, pero me parece que solamente por la existencia de esa regla no se puede calificar todo un sistema de legal, o de predominantemente legal, puesto que queda al margen todo el resto de la actividad probatoria.

En resumidas cuentas, con la *Carolina* sucedió exactamente lo mismo que con las Partidas. Existen pruebas de valoración legal. Sorprenden bastante al lector y se convierten en normas de uso frecuente en la práctica porque impiden toda discusión y simplifican el trabajo judicial. Y a partir de ahí es fácil pasar a la errónea creencia de que la libre labor probatoria del juez no venía impulsada por las leyes. Según se acaba de ver, en realidad la intención era justamente la contraria.

Se han intentado dar explicaciones dignas a esta situación, como que el modo de pensar de la época estaba lastrado por el pensamiento escolástico [135], que usualmente buscaba un argumento corroborador en un texto de autoridad para dar por probada una conclusión. En materia probatoria, el texto de autoridad habría sido la ley [136]. Pero me parece un argumento poco ajustado a la realidad, aunque esté cargado de erudición. A buen seguro, la

---

[131] Lo que se confirma indirectamente en el ***art. 62. Von beweisung der missethat***. *Jtem wo der beclagt nichts bekennen oder der anclager die geclagten misshandlunge beweisenn wollte, damit solle er, alls Recht ist, zugelassen werden.*

[132] Art. 62.

[133] ***Art. 65. Wie zeugenn sagen sollen***. *Jtem die zeugen sollenn sagen von jrem selbs eigen waren wissenn mit antzeigung jrs wissens gruntlicher vrsach. So sy aber vonn frembden hören sagenn wurden, das soll nit genugsam geacht werden.*

[134] ***Art. 67. Vonn genugsamen Bezeugknus***. *Jtem so ein Missethat zum wenigistenn mit zweien oder dreienn glauphafftigenn guten zeugen, die vonn einem warenn wissen sagen, bewisen würdt, daruff soll nach gestallt der verhanndlung mit peinlichem rechten vollnfaren vnnd geurteillt werden.*

[135] Cfr. G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, p. 75.

[136] Es la explicación que ofrece, entre otros, W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, Heidelberg, 1860, p. 630.

escolástica tuvo un papel destacado en la instrucción de los juristas de la época, pero no creo que pueda hacerse responsable a esta corriente de pensamiento de los excesos acaecidos, entre otras cosas, porque era muy escasa la instrucción de muchos de los jueces que aplicaban estrictamente esas normas de prueba legal.

Lo que probablemente debió ocurrir es que igual que para los abogados debía ser más cómodo recurrir a estas normas de valoración legal, también lo era para los jueces, porque podían resolver los casos de forma prácticamente matemática, renunciando a todos los instrumentos que más adelante describiré para proceder a una auténtica valoración de la prueba [137]. Llevados del valor privilegiado del juramento, debieron dejar de tomar auténtica declaración a testigos y partes, lo que hizo probablemente que a las partes ya ni las escucharan, sino que como se ordenó en Castilla en 1387, los litigantes en la confesión debieran contestar simplemente «niego o confieso, o la creo o no la creo; y si respondiere que no sabe, no le sea recibida la tal respuesta» [138]. Con los testigos debió suceder algo muy similar [139], siendo valorados estos últimos simplemente «a peso» [140], puesto que a buen seguro que acabaron declarando de la misma forma escueta y manifiestamente inútil que las partes, como es notorio que sucedía en España con enorme frecuencia bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, hasta que fue derogada en el año 2000. La prueba testifical se acabó desvalorando, porque nada surgía de ella y nadie creía a los testigos. Lo mismo que ocurría con las partes que simplemente debían contestar «es cierto» o «no es cierto» a las llamadas «posiciones», es decir, las afirmaciones que la parte contraria le invitaba a reconocer, suprimiéndose del uso forense algo que nada tenía que ver con las posiciones, que eran las «preguntas» que podían ser formuladas en la confesión [141], pero que no se utilizaban en la realidad práctica. Se llegó realmente a una negación de la actividad probatoria a través de estos dos medios, que sólo ha contribuido a paliar parcialmente la actual libertad del interrogatorio al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, pese a lo mucho que se arrastra, y aún se arrastrará, de los usos forenses anteriores, básicamente porque existe un

---

[137] Aunque tenía otras implicaciones más importantes, de ahí también el brocardo *iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*. *Vid.* K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967.

[138] Nov. Recop. Libro XI, título IX, Ley 1.

[139] Nov. Recop. Libro XII, Título XXXII, Leyes X, XVI y XVII.

[140] *Vid.* J. Jaumar y Carrera, *Práctica forense*, Barcelona, 1840, p. 48: «Hacen prueba plena las confesiones judiciales, las declaraciones de dos testigos contestes y mayores de toda escepcion, los instrumentos ó escrituras públicas y auténticas, las privadas contra el que las firmó siendo reconocidas por él mismo, las evidencias ó pruebas materiales, y las presunciones *juris et de iure* y hasta las juris solamente, mientras no se justifique lo contrario. La constituyen semiplena las confesiones estrajudiciales, las declaraciones de un solo testigo, la fama pública, el cotejo de letras en sumas de gran cuantía, y las presunciones judiciales. Por regla general el conjunto de dos pruebas semiplenas equivale á una de plena, pero carecen de esta fuerza en las causas criminales y aun en las civiles cuando obsta á las dos semiplenas una de plena».

[141] **Art. 582. LEC 1881**. La parte interesada podrá presentar las posiciones en pliego cerrado, que conservará el Juez sin abrirlo hasta el acto de la comparecencia para absolverlas.

También podrá reservarse para dicho acto la presentación del interrogatorio, solicitando sea citada al efecto la parte que haya de declarar.

déficit en la formación de los juristas en general en cuanto a las técnicas de los interrogatorios. Pero de este tema me ocuparé más adelante.

Por todo ello, cabe concluir que el sistema de valoración probatoria previo a las codificaciones del siglo XIX no era predominantemente el legal, sino el libre, aunque con más normas de prueba legal que las que existen actualmente. Solamente los usos forenses debieron hacer que sucediera lo contrario [142] y que el sistema se hiciera predominantemente legal, creando una realidad que, en efecto, contravenía lo ordenado claramente por las leyes [143] y lo que, en definitiva, se deducía de la pura lógica: que el sistema de pruebas legales no podía estar concebido para anular por completo la racionalidad del juez [144].

Esta situación propició que los legisladores del siglo XIX se esforzaran en podar el ordenamiento de la mayoría de estas normas, para evitar esa interpretación manifiestamente extensiva. Algunas de ellas quedaron en el proceso civil, pero fueron eliminadas casi por completo en el proceso penal.

Quedaron las normas que otorgaban valor privilegiado a la prueba documental, a la confesión y en ocasiones al juramento. Fue lo acaecido en Francia, donde el *Code civil* previó, y aún prevé, que el documento público (el «*titre*» o «*acte authentique*»), haga prueba plena de lo acordado entre las partes [145]. Y, como digo, asimismo poseen valoración legal la confesión [146] y el juramento decisorio [147].

Esas normas han tenido una influencia extraordinaria en el resto de legislaciones europeas, en las que, de hecho, aún se encuentran exactamente esas normas de valoración legal junto al juramento. Es lo que ha sucedido en Bélgica [148], así como con respecto a la prueba documental en Italia [149], Portu-

---

142 Y que se dijeran frases como la siguiente, reproducida por KROLL, *Über die Beweiswürdigung im Civilprozeß*, cit., p. 12, de un manual antiguo de Derecho de los Estados alemanes: «*Nur der Richter, nicht der Mensch als solcher braucht überzeugt zu werden*».

143 Testimonio de esa realidad que superaba y contravenía el texto legal, y que obligaba a «pesar» las pruebas, es la obra de J. JAUMAR Y CARRERA, *Práctica forense*, Barcelona, 1840, p. 48, antes citada y reproducida.

144 Así, V. SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, p. 129.

145 ***Article 1319.*** *L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause.*

Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

146 ***Article 1356.*** *L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.*

Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait.

Il ne peut être divisé contre lui.

Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

147 ***Article 1363.*** *Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.*

148 *Vid.* D. MOUGENOT, «La preuve en Droit belge», en: AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, pp. 69 y ss.

149 ***Art. 2700. Efficacia dell'atto pubblico.*** *L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichia-*

gal[150] y Grecia[151]. En estos cuatro últimos países, los documentos privados no impugnados también hacen prueba plena[152]. Incluso en Alemania[153], donde rige en toda su extensión la libre valoración[154], tienen valor legal los documentos públicos[155] y privados firmados por su autor[156], los actas del proceso y la sentencia[157]. Con respecto a la confesión, mantiene su valor legal en Italia[158],

---

razioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

[150] ***Artigo 371. (Força probatória)*** *1. Os documentos autênticos fazem prova plena dos factos que referem como praticados pela autoridade ou oficial público respectivo, assim como dos factos que neles são atestados com base nas percepções da entidade documentadora; os meros juízos pessoais do documentador só valem como elementos sujeitos à livre apreciação do julgador.*

2. Se o documento contiver palavras emendadas, truncadas ou escritas sobre rasuras ou entrelinhas, sem a devida ressalva, determinará o julgador livremente a medida em que os vícios externos do documento excluem ou reduzem a sua força probatória.

[151] Arts. 352 y 354 del Κωδικασ Πολιτικη Δικονομια. *Vid.* G. ORFANIDES, «Das Beweisrecht in Griechenland», en: AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, pp. 217-218.

[152] ***Artículo 326. Fuerza probatoria de los documentos privados.*** *1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.*

Art. 2702. Efficacia della scrittura privata. *La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi lha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.*

Artigo 376. (Força probatória) *1. O documento particular cuja autoria seja reconhecida nos termos dos artigos antecedentes faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova da falsidade do documento.*

2. Os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante; mas a declaração é indivisível, nos termos prescritos para a prova por confissão.

3. Se o documento contiver notas marginais, palavras entrelinhadas, rasuras, emendas ou outros vícios externos, sem a devida ressalva, cabe ao julgador fixar livremente a medida em que esses vícios excluem ou reduzem a força probatória do documento.

[153] *Vid.* J. W. BRITZ, «Beschränkungen der freien Beweiswürdigung durch gesetzliche Beweisregeln?», *ZZP*, 110 (1997), pp. 61 y ss.

[154] ***§ 286 Freie Beweiswürdigung*** *1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.*

2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

[155] ***§ 415 Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen*** *1) Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.*

2) Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

Vid. también §§ 416.*a)* a 418 ZPO.

[156] ***§ 416 Beweiskraft von Privaturkunden.*** *Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.*

[157] §§ 165.II y 314 ZPO.

[158] ***Art. 2733. Confessione giudiziale.*** *È giudiziale la confessione resa in giudizio. Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili.*

Portugal [159], Grecia [160], Suecia [161] y Finlandia [162]. Subsiste el juramento en Italia [163].

En España los documentos públicos [164] hacen prueba plena de la fecha del documento, de la identidad de los intervinientes, así como del hecho documentado, aunque no sobre la realidad de este hecho [165]. Y la declaración de las partes tiene un valor ciertamente controvertido en la doctrina [166], sobre el que más adelante se abundará, pese a que a mi juicio la valoración de este medio de prueba es libre [167].

---

[159] ***Artigo 358.º (Força probatória da confissão)*** *1. A confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente.*

2. A confissão extrajudicial, em documento autêntico ou particular, considera-se provada nos termos aplicáveis a estes documentos e, se for feita à parte contrária ou a quem a represente, tem força probatória plena.

[160] ORFANIDES, *Das Beweisrecht in Griechenland*, cit., pp. 217-218.

[161] ***Cap. 35, Sec. 3 del Código de procedimiento judicial.*** *If, in a case amenable to out of court settlement, a party admits a certain circumstances, his admission constitutes full proof against him. If the party withdraws his admission, the court shall determine, in view of the alleged reasons for the withdrawal and other circumstances, the evidentiary value of the admission, if any.*

In cases other than those mentioned in the first paragraph, the court shall determine the evidentiary value of the admission with respect to the particular circumstances.

Hay que decir, no obstante, que en este país, salvo en el medio de prueba indicado, todo el resto de la prueba es de libre valoración: ***Cap. 35, Secc. 1 del Código de procedimiento judicial.*** *After evaluating everything that has occurred in accordance with the dictates of its conscience, the court shall determine what has been proved in the case.*

[162] Sobre el sistema sueco, *vid*. B. LINDELL, «Evidence in Sweden», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, p. 427.

Cap. 17, Section 4 del Código de procedimiento judicial. *1) If, in a case amenable to settlement, a party has admitted a fact in court, this admission shall be binding upon him/her. If the party retracts the admission, the court shall, on the basis of the grounds that the party presents as reasons for the retraction and other circumstances, consider what effect the admission has as evidence.*

2) In a case other than that referred to in paragraph 1) the court shall consider what effect the admission of the party has as evidence.

Igual que en Suecia, salvo en el medio de prueba indicado, todo el resto de la prueba es de libre valoración: ***Cap. 17, Section 2.*** *1) After having carefully evaluated all the facts that have been presented, the court shall decide what is to be regarded as the truth in the case.*

Sobre el sistema fines, *vid*. S. LAUKKANEN, «The Law of Evidence in the Finnish Judicial System», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, p. 120.

[163] Arts. 2736-2739 del Codice civile.

[164] ***Art. 319. Fuerza probatoria de los documentos públicos.*** *1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.*

[165] Igual que en Derecho Portugués. *Vid.* art. 347 del Código Civil portugués: «*(Modo de contrariar a prova legal plena) A prova legal plena só pode ser contrariada por meio de prova que mostre não ser verdadeiro o facto que dela for objecto, sem prejuízo de outras restrições especialmente determinadas na lei*».

[166] *Vid.* A. DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2000, p. 317. J. L. GÓMEZ COLOMER (con MONTERO y otros), *Derecho Jurisdiccional*, II, Valencia, 2002, p. 290. A. DÍAZ FUENTES, *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2002, pp. 161 y 162. J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Introducción al nuevo proceso civil*, Valencia, 2002, p. 248. ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal civil*, Cizur Menor, 2007, p. 387. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2007, p. 438.

[167] ***Artículo 316. Valoración del interrogatorio de las partes.*** *1. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya*

La tendencia ascendente hacia la prueba de valoración completamente libre [168] se ha culminado, en realidad, en pocos lugares. Solamente en Austria [169] se encuentra un sistema claramente libre, así como en Irlanda [170] y Reino Unido [171], pese a que su modelo se encuentra lastrado por frecuentes reglas jurisprudenciales que son lo más parecido a reglas legales de valoración de la prueba, y que de hecho provienen de esas antiguas reglas, prácticamente idénticas a las que regían en el continente porque también tenían muchas de ellas un origen romano. Más adelante abundaremos en este punto.

En conclusión, el sistema de valoración legal ha conocido tendencias verdaderamente discontinuas, y nunca se ha llegado a imponer por completo en las leyes, dado que las normas generalistas más importantes nunca renunciaron a la valoración libre de la prueba. Quizás hayan sido las complejidades de este último sistema, así como sus peligros en manos de jueces inexpertos, las razones por las que surgieron históricamente con mayor o menor fuerza. Pero para captar por qué ello pudo ser así, es imprescindible adentrarse en el sistema de libre valoración de la prueba, que se explicará a continuación.

4. LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Como ya se dijo, el sistema de valoración libre de la prueba no nace en ningún momento histórico concreto, o bien podría decirse que surge en el mismo momento en que se realizaron los primeros juicios jurisdiccionales. Se describe muy simplemente. Basta con decir que se trata del sistema que se genera espontáneamente, sin más reflexión ni directriz, del uso cotidiano de la mente humana. Y por ello, como vimos, normas muy remotas lo daban por sentado sin prestarle una especial atención [172].

---

reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. [...]

[168] Como la defendida, por ejemplo, por H. Devis Echandia, «Contenido, naturaleza y técnica de la valoracion de la prueba judicial», *RDProc.*, núm. 1, 1996, p. 11.

[169] ***§. 272.*** *1) Das Gericht hat, soferne in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesammten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurtheilen, ob eine thatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.*

2) Es hat insbesondere in gleicher Weise zu entscheiden, welchen Einfluss es auf die Beurtheilung des Falles hat, wenn eine Partei die Beantwortung von Fragen verweigert, welche durch den Vorsitzenden oder mit dessen oder des Senates Zustimmung an sie gestellt werden.

3) Die Umstände und Erwägungen, welche für die Überzeugung des Gerichtes maßgebend waren, sind in der Begründung der Entscheidung anzugeben.

Vid. también H. W. Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien, 1990, pp. 431-432.

[170] D. Mcgrath, «Irish report on Evidence», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, p. 250.

[171] P. Murphy, *Murphy on evidence*, Oxford, 2005, pp. 66-67.

[172] Tales como la contenida en el Deuteronomio 25: 1. Si hubiere pleito entre algunos, y acudieren al tribunal para que los jueces los juzguen, éstos absolverán al justo, y condenarán al culpable.

Por consiguiente, como se explicará más adelante, se trata de un sistema en el que no se intenta otra cosa que el juez utilice las llamadas máximas de experiencia, reglas del criterio humano, leyes del pensamiento, etc. Pero tiene la dificultad de que *a priori* no se establece ningún camino por el que el juez pueda discurrir para realizar la valoración. Se le deja solo con sus pensamientos [173] y con los materiales que surgieron de la actividad probatoria desempeñada en el proceso.

A) El objetivo general: el máximo acercamiento posible a la verdad

La doctrina ha reflexionado fundamentalmente acerca del objetivo general de la actividad probatoria: la averiguación de... ¿la verdad? En ese punto, y con ese interrogante, se ha desarrollado buena parte de la investigación doctrinal en este sentido, y ahí se ha concentrado también la imaginación de los diversos legisladores. En realidad, se trataba de decirle al juez el objetivo que tiene que conseguir, a fin de que pudiera encauzar mejor su pensamiento, lo cual ha tenido muy diferentes manifestaciones que serán examinadas a continuación. En este sentido se ha querido distinguir entre certeza, verdad, verosimilitud, probabilidad, credibilidad, íntima convicción, duda razonable y algunas otras categorías que, en realidad, sólo tratan de guiar al juez en la realización de una actividad compleja: valorar la prueba y, en definitiva, juzgar.

Debe comenzarse por decir que hasta el siglo XIX nadie había dudado realmente sobre que el fin del proceso era la averiguación de la verdad. Podría decirse que el tema no se había planteado realmente, y probablemente sea cierto, pero la realidad es que hasta ese momento no había habido discusión acerca de que la prueba, como decían las Partidas, tenía por finalidad averiguar una «cosa dudosa» [174]. Es decir, que con la actividad probatoria de lo que se trata es de determinar la verdad [175]. Ésa había sido sin duda la tradición romana [176], y no parece que se modificara con posterioridad.

---

[173] RIVERA MORALES, *Las pruebas*, cit., p. 937.

[174] Partida III, título XIV, Ley 1.

[175] Lo decía en el siglo XIX F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866, p. 323: «*Le but de toutes les opérations judiciaires est d'acquérir la connaissance de la verité*». En el siglo XVIII puede leerse la obra del CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, t. I, 2.ª ed., Valladolid, 1794, p. 94: «*Síguese á la conclusión el auto de prueba, cuya execucion debe limitarse á los hechos del proceso conducentes á descubrir la verdad...*». Del mismo modo, en Francia, lo afirmaba DUMONT, *Nouveau Style Criminel*, t. I, Paris, 1776, p. 81: «*Les accusés ont tant de peine à s'avouer coupables, que les questions qu'on leur fait, les objections qu'on leur oppose, et les contradictions qu'on leus fait remarquer dans leur réponses, ne sauroient être trop vives et trop pressantes pour percer les ténebres dont ils s'enveloppent, et en faire sortir la verité*». Y añade: «*Ah! qu'on coupable a fort à faire avec un juge habile qui l'arrête à chaque pas!*». En Inglaterra hacia el año 1765 se publica por primera vez la obra de W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Libro III, Philadelphia, 1867, pp. 282-283, y en ella se lee: «*And, first, evidence signifies that which demonstrates, makes clear or ascertains the truth of the very fact or point in issue...*». Y yendo aún más atrás, al siglo XVII L. PEGUERA, *Praxis civilis*, Barcelona, 1674, p. 114, se expresa en estos términos: «*quia positio, secundum Doctores est quaedam brevis narratio factum contines ad eliciendam veritatem concepta*», y en la p. 121, con todavía mayor claridad: «*Interrogatoria contra testes ad veritatem*

(Nota 176 en página siguiente)

Pero decir algo así en la actualidad parece que se ha convertido en algo demasiado comprometido, y hasta existen autores que llegan a derivar graves implicaciones políticas de ello [177]. Partiendo, en el fondo, de una visión del proceso como patrimonio de las partes, propia del Liberalismo [178], se dice, en concreto, que el objetivo de la búsqueda de la verdad es algo propio de la teoría objetiva de la jurisdicción, que sería publicista y autoritaria porque desde esa perspectiva el fin de la jurisdicción sería unicamente asegurar el respeto del derecho objetivo [179]. Y se añade que, al contrario, si la jurisdicción persigue la actuación de los derechos subjetivos de las partes, la búsqueda de la verdad es siempre relativa, puesto que la tutela de los derechos —propia de un sistema dispositivo— se antepone a la búsqueda de la verdad, que sería característica de un sistema inquisitivo [180], propio de sistemas autoritarios como el vigente en la antigua Unión Soviética [181].

De ese modo, y desde la perspectiva supuestamente «no autoritaria», en el proceso sólo cabría aspirar legitimamente a una «certeza moral», que no es sino la convicción judicial («medida psicológica de la certeza»). Tal conclusión viene dada por el hecho de que en el proceso civil se tengan por ciertas las afirmaciones concordes de las partes, o que las leyes contengan normas de prueba legal, o de que se persiga el convencimiento psicológico del juez. Todo lo cual, lógicamente, se opone al descubrimiento de la verdad sin matices, lo que se justifica manteniendo que en el proceso obtener la certeza absoluta sería imposible [182]. A partir de ahí, se razona lo anterior profundizando en el proceso del Derecho soviético, en el que la verdad objetiva era una de sus máximas aspiraciones [183], lo que lleva a una implicación oficial del juez en la prueba, que haría el proceso, supuestamente, autoritario [184]. Y, curiosamente, lo mismo habría sucedido en el proceso italiano fascista, o en el proceso alemán nacionalsocialista, por haberse propuesto de similar ma-

---

indagantam post articulos dari deberi docent Specul....», basándose además, este último autor en la opinión de comentaristas muy anteriores como Baldo de Ubaldis, lo que demuestra que la búsqueda de la verdad como finalidad de la prueba probablemente fue una constante al menos en la mayoría de autores. En todo caso, todos los autores citados, que parten de distintos ordenamientos jurídicos vigentes en cada uno de sus territorios, llegaban a una misma conclusión.

[176] Las referencias a la averiguación de la verdad son múltiples y de diferentes periodos del Derecho romano. *Vid.* Codex, Libro IV, título XIX, 25, título XX, 5, 11, título XXI, 3, 7.

[177] *Vid.* J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 49 y ss.

[178] *Vid*. BREHM, Wolfgang, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen der freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen 1982, pp. 10-11.

[179] J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 43.

[180] J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 44-45.

[181] Al respecto pueden traerse a colación las palabras de TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 94-95: «*D'altronde, come ben sapevano il dottor Goebbels, Stalin e molti altri prima e dopo di loro, l'uso sistematico dell menzogna e dell'inganno è stato storicamente un tratto caratteristico dei regimi totalitari*».

[182] J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 47-48.

[183] Lo cual, por otro lado, es cierto, al estar basado su sistema en la libre valoración de la prueba desde el Decreto de Tribunales núm. 1 de 1917, como aclara A. Y. WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowietischen Recht*, Berlin, 1955, p. 178. *Vid.* también M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 140. F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *La valoración de la prueba penal*, en AAVV, «Escritos en Homenaje al Profesor Prieto-Castro», t. II, Madrid, 1979, p. 119.

[184] También en este sentido, COHN, «Zur Ideologie des Zivilprozeßrechts», en AAVV, *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, 1965, pp. 31 y ss.

nera el aumento de los poderes del juez en aras de la búsqueda de la verdad objetiva [185].

Todo lo anterior es profundamente discutible, aunque sólo sea por la constatación, fácil de comprobar como acabamos de ver, de que cualquier autor previo al siglo XX, de un modo o de otro afirmaba que la finalidad de la prueba era la averiguación de la verdad, como ya había sucedido en diferentes épocas romanas no sospechosas de inquisición. Además, no todo proceso previo al siglo XX era penal inquisitivo, como es sobradamente sabido. Y por añadidura, probablemente el autor de referencia en esta materia, que propuso el aumento de los poderes del Juez en materia probatoria para hacer el proceso más justo en una época de desarrollismo industrial salvaje, fue Franz KLEIN [186], que se dio cuenta de que el proceso civil, en ese nuevo contexto, debía tener un interés público al formar parte esencial de la economía la protección del crédito [187], lo que hoy en día es una conclusión comunmente aceptada. KLEIN fue una figura de referencia en el procesalismo mundial, lo que provocó que sus ideas influyeran en los más variopintos contextos político-legislativos, por lo que constituye una conclusión al menos discutible anudar el seguimiento de sus ideas al mantenimiento de un determinado sistema político autoritario. Es posible —y muy frecuente— que un sistema autoritario se aproveche de unas ideas y las canalice en su propio interés [188], pero una conclusión muy diferente es que esas ideas fueran formuladas para construir un sistema autoritario, porque afirmar algo así supone realizar un salto argumental que carece de justificación directa.

También es posible que todo sea fruto, en realidad, de un cierto temor por que el proceso civil se transforme en inquisitivo [189]. Pero no puedo extenderme más sobre este tema en este momento. Simplemente he querido dejar en este lugar una mínima reseña de los fundamentos de la citada opinión, sólo a modo de ejemplo, a fin de que se tome conciencia de que podría no ser absolutamente neutral la decisión sobre qué fines concretamente posee la actividad probatoria. No ya doctrinalmente, sino ni tan siquiera políticamente hablando, lo que no deja de resultar un poco insólito en el estudio del Derecho Procesal.

---

185 J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 49-52.

186 Una explicación breve de cuál pudo ser el pensamiento de KLEIN, puede hallarse en J. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, pp. 47 a 49.

187 Lo explica BREHM, *Bindung des Richters*, cit., pp. 14-15.

188 Lo cual se demuestra muy claramente leyendo a A. Y. WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowietischen Recht*, Berlin, 1955, p. 180, cuando mezcla la íntima convicción judicial con la conciencia jurídica socialista del Juez. Pero eso no es culpa del principio de íntima convicción, sino de su indebida utilización política: «*Das Dekret vom 30. November 1918* [...] *lehnte formale Beweise jeder Art ab und erkannte als alleinige Grundlage für die Entscheidungen in gerichtlichen Verfahren die persönliche Überzeugung und das sozialistische Rechtsbewußtsein des Richters an*». *Vid.* también H. NAGEL, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß*, Baden-Baden, 1967, p. 82, quien subraya precisamente, al hilo de la «conciencia jurídica socialista», no hablaban las normas soviéticas de «libre» apreciación de la prueba, sino de «íntima convicción».

189 Lo había dicho H. DEVIS ECHANDIA, «El moderno proceso civil inquisitivo y con la libertad para apreciar las pruebas», *RDProc.*, 1965, núm. 1, p. 15: «No existe una evolución histórica uniforme en esta materia, pero puede afirmarse que el camino del progreso va hacia el proceso inquisitivo».

Pero volvamos al tema principal. La reflexión sobre la libre valoración de la prueba no hubiera existido nunca si no se hubiera pensado al menos en que el objetivo de la prueba habría de ser la búsqueda de la verdad, o al menos de algo parecido a la misma ante la evidente imposibilidad ontológica, en muchas ocasiones, de obtenerla. En realidad, la reflexión sobre la libre valoración de la prueba —que no el sistema, que es remotísimo— surge como reacción a los excesos que había provocado el sistema de valoración legal durante la Edad Media y la Edad Moderna. Ya vimos que las legislaciones vigentes en esos tiempos no imponían la valoración legal de forma generalizada, ni tan siquiera la valoración legal del juramento en realidad. Debió ser solamente la corrupción de los usos forenses la que hizo simplificar la realidad y resolver sistemáticamente los litigios a base de juramentos y cómputo del número de testigos, eludiendo una auténtica valoración de la prueba, cuando las leyes, en realidad, nunca ordenaron una actividad reduccionista semejante, sino más bien todo lo contrario.

Como reacción a esa situación del todo inaceptable, surge un movimiento a favor de la recuperación de la búsqueda de la verdad, cuyos exponentes más destacados —aunque no eran originales— finalmente fueron la *intime conviction* en Francia, y la discusión sobre verdad formal y verdad material en Alemania al hilo de la *freie Beweiswürdigung*. Pero ello será explicado a continuación. Vaya por delante que lo único de lo que se trataba con esas novedades era de recuperar unos orígenes —que ya referí— que se habían perdido por completo, hasta el punto de que los autores no se refieren a los mismos prácticamente en absoluto. La doctrina [190] partió de la base de que en el Derecho muy antiguo todo había sido ordalía, y que después, con algún paréntesis en Roma, todo había sido prueba legal, creencia que actualmente aún es muy extendida entre la doctrina. Y en verdad lo que sucedía es que los jueces, originariamente, valoraron libremente la prueba, y sólo cuando se hallaban ante una ausencia total de pruebas acudían a una ordalía. Y en época romana y medieval lo que en realidad había acontecido es que las leyes orientaron algo más esa libre valoración. Pero que, finalmente, una interpretación fetichista de esas orientaciones había propiciado que en la práctica, dichas guías acabaran por suprimir, no ya la libre valoración del juez, sino la propia valoración de la prueba, realizando una interpretación abusivamente extensiva de esas guías probatorias del legislador.

Y ello, como se puede suponer, había provocado situaciones tremendamente injustas, porque el juez ya no hacía de juez, sino que su labor hubiese podido ser sustituida hoy en día por un ordenador que tuviera en su disco duro las reglas legales de valoración probatoria, habiendo creído el programador que esas reglas legales eran omnicomprensivas. Desde luego, algo

[190] Al menos desde W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England,* vol. IV, London, 1836 que realiza justamente este relato, pp. 342 y ss, y cuya obra, pese a la edición consultada (la décimonovena) apareció en 1765. De hecho, BLAKSTONE reconoce basarse en la obra de Tácito, que pese a la cita que hace de la misma tiene que referirse a *De origine et situ Germanorum*, que no consta en absoluto que estuviera basada en un conocimiento directo de la realidad germánica estudiada y que, por tanto, puede estar llena de tópicos, como el de la extensión de las ordalías entre los pueblos germánicos, que ya vimos que no era tal.

así hoy en día hubiera sido perfectamente posible, técnicamente hablando. Suerte que algunos juristas del siglo XVIII reaccionaron contra esa intolerable y absurda deriva de siglos, y pusieron las bases necesarias para disponer el renacimiento de la valoración libre de la prueba.

Pero es importante destacar que todo ello nació de la búsqueda de la verdad. Si a esos autores no les hubiera preocupado la averiguación de la verdad, desde luego que la reflexión no habría surgido. Sin embargo, percibieron la injusticia derivada de que en el proceso, verdaderamente, se daba cauce a una verdad completamente ficticia, que podía coincidir con la realidad o no. Poco importaba mientras se pudiera dictar la sentencia y despachar burocráticamente el asunto.

Veamos a continuación cuáles fueron los albores y las manifestaciones de dicho despertar, corroborándolo con los datos concretos que atestiguan lo enunciado.

B) Las múltiples manifestaciones del objetivo general

Es este uno de los temas del Derecho procesal en los que, queriendo decir exactamente una y la misma cosa, los legisladores y la doctrina han diferido más en la rúbrica de sus conclusiones y en la manera de explicar el camino que lleva al resultado final de sus elucubraciones. Y ello es verdaderamente sorprendente porque ese resultado final es siempre el mismo: la convicción del juez según un estándar razonable de creencia en unos hechos, lo más coincidente posible con la verdad.

Pero la relación de esas diferentes formas de explicar ese resultado arroja interesantes conclusiones que serán destacadas ahora, en aras de la explicación posterior que se realizará a lo largo de toda la obra.

a) *La* «intime conviction»

La *intime conviction* que se introdujo en los arts. 312 y 342 del *Code d'instruction Criminelle* francés de 1808 pasa por ser la primera referencia moderna a la libre apreciación de la prueba, y de la que habrían surgido todas las demás manifestaciones de este principio en las legislaciones europeas. Pues bien, dicha afirmación solamente es cierta a medias, ya que si bien es verdad que la mayoría de códigos europeos bebieron en las fuentes de los códigos napoleónicos, no es cierto que la idea de la *intime conviction* naciera en Francia, ni tampoco que dicha idea naciera con ese código. Ni siquiera es verdad que las primeras restricciones a las pruebas legales irracionales vengan de ese periodo, puesto que, por ejemplo, en la misma Francia cabe encontrar la *Ordonnance* de Moulins de 1566, en la que se prohibió que un cierto número de testigos dieran fe de la existencia de un acto jurídico, si no existía un documento que lo ratificase [191].

---

[191] *Vid.* esta referencia a la *Ordonnance sur la réforme de la Justice*, de Moulins de febrero de 1566, en C. Le Brun de la Rochette, *Les Procez civil et criminel*, Rouen, 1647, p. 418. El texto se

La idea, en realidad, era el resultado de un sentir general de unos cuantos juristas del siglo XVIII [192] que se arrastraba ya de atrás. Existía un gran descontento por el funcionamiento de los tribunales por muchas razones, pero especialmente en cuanto a la valoración probatoria, habida cuenta de la aplicación excesivamente estricta y en buena medida absurda que se estaba realizando de las normas de prueba legal. De ese modo surgió, a caballo entre Italia e Inglaterra [193], una especie de movimiento contra el sistema de valoración legal de la prueba que habría de culminar con su casi total derogación, al menos en el proceso penal. En 1764 BECCARIA reclamó el valor del «*buon senso*» en la valoración de la prueba [194]. Pero en Inglaterra se había desarrollado más esta idea casi al mismo tiempo. Es bien conocida la influencia de LOCKE sobre las ideas políticas de la Ilustración francesa, y también es muy sabido el peso de las ideas de BECCARIA en muchos juristas de los siglos XVIII y XIX. Pero es mucho más oculta la influencia de la obra de 1765 de William BLACKSTONE en materia jurídica en general (su obra fue traducida al francés en 1774 [195]), y de Jeremy BENTHAM en materia probatoria en particular. Y su estudio es capital porque de sus trabajos se extraen las causas y consecuencias del tránsito hacia el sistema de valoración libre de la prueba.

En la obra de BLACKSTONE no se encuentran en realidad referencias absolutamente directas a la *intime conviction*, pero sí que, indudablemente, se ponen las bases de ese sistema. Cuando BLACKSTONE escribe, en el proceso

---

encuentra en los puntos 54 y 55 de la citada *Ordonnance*, que cabe localizar en el *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XIV, Paris, 1829, p. 203: «(54) *Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vu cidevant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès : avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toutes choses excédans la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lequels contrats seulement, sera faite et reçue toute preuve esdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ne sur ce qui seroit allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières, et autres qui seroient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. (55) Les preuves de tonsures et professions du vœu monachal, seront reçues par lettres et non par témoins : comme aussi les preuves des jugemens condamnatoires ou absolutoires, dont on voudra s'aider pour reproches, ou salvations de témoins ès matières, où lesdits témoignages auront lieu, sauf si la perte des registres estoit alléguée, dont la preuve en tout cas sera reçue*».

[192] Así lo reconoce M. TARUFFO, «Libero convincimento del giudice. (I Diritto processuale civile)», *Enc. giur. Trecca*ni, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 1.

[193] Y quizás en los Estados alemanes, a decir de G. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, p. 65, nota 24, quien cita sin más datos a JUSTI (probablemente se refiere Johann Heinrich Gottlob VON JUSTI, quizás en los *historische und juristische Schriften*, ed. Garbe, Frankfurt y Leipzig, 1760) que habría dicho en ese año las siguientes palabras: «*das corpus delicti ist nicht anderes als die vollkommene Überzeugung des Richters, daß eine Missethat wahrhaftig geschehen sei*». Lo que ocurre es que WALTER cita a través de otro autor, K. A. HALL, *Die Lehre vom corpus delicti*, Stuttgart, 1933, p. 93, por lo que no me ha sido posible contrastar la referencia. En todo caso, creo que hay que reconocer que las palabras de JUSTI son un tanto indirectas en cuanto a una referencia a la libre valoración.

[194] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, reed. de Acquarelli de Bussolengo, 1996, de la ed. de 1764, p. 45. «*Se nel cercare le prove di un delittorichiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessaria chiarezza e precisione, per giudicarne dal risultato medesimo non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi*».

[195] *Commentaires sur les loix angloises de M. Blackstone*, traduits de l'Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrieme edition d'Oxford, Bruselas, 1774.

inglés existían todavía muchas de las exigencias de las pruebas legales de origen romano [196], interpretadas extensivamente, como en casi todos los territorios. Y es que, pese a ser el proceso inglés (civil y penal) un proceso mayoritariamente por jurado, las normas legales existían y se hacían observar por el juez que presidía el jurado.

Pues bien, BLACKSTONE propuso de manera muy discreta su relajación. Dicho autor relata, por ejemplo, cómo una de las más características normas de prueba legal, la exigencia de más de un testigo para dar probado un hecho, se había simplificado en la práctica al permitir que la propia parte litigante aportara su propia declaración en el proceso, constituyendo de ese modo la ficción de un segundo testimonio que corroboraba el primero [197]. En cualquier caso, de la lectura del cap. XXIII del libro III de la obra de BLACKSTONE dedicado al juicio por jurado [198], se deduce claramente que pese a la existencia de pruebas legales, el jurado gozaba de una amplia libertad para valorar la prueba, intentando recuperar de ese modo el carácter de directrices admonitivas —que no de instrucciones obligatorias sin matices— que originariamente habían tenido las normas de prueba legal. Al amparo de la obra de BLACKSTONE se potenciaba especialmente la prueba de presunciones, lo que suponía contravenir, como vimos, una de las más antiguas prohibiciones probatorias en el proceso penal [199].

Ello se demuestra en el pasaje en que BLACKSTONE reconoce que pese a que sea algo que deba evitarse, el jurado puede emitir su veredicto en un caso concreto en que exista una ausencia de pruebas. Y el pasaje es especialmente importante porque en estos casos se autoriza al jurado a juzgar según la prueba que tengan «en sus propias conciencias», de acuerdo con «lo mejor de su propio conocimiento» [200]. Es cierto que BLACKSTONE se estaba refiriendo

[196] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Libro III, Philadelphia, 1867, pp. 283 y ss.

[197] BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., p. 287.

[198] Que debería ser lectura básica para entender los orígenes y realidad de esta institución en la Inglaterra del siglo XVIII, lo que contribuiría a deshacer no pocos equívocos sobre esta conflictiva figura. BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., pp. 271 y ss.

[199] BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., p. 288. «*Positive proof is always required, where .from the nature of the case it appears it might possibly have been had. But next to positive proof, circumstantial evidence or the doctrine of presumptions must take place; for when the fact itself cannot be demonstratively evinced, that which comes nearest to the proof of the fact is the proof of such circumstances which either necessarily, or usually, attend such facts; and these are called presumptions, which are only to be relied upon till the contrary be actually proved*».

[200] La lectura de estas líneas es verdaderamente esclarecedora. BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., pp. 290-291 «*As to such evidence as the jury may have in their own consciences, by their private knowledge of facts, it was an ancient doctrine, that this had as much right to sway their judgment as the written or parol eyidence which is delivered in court. And therefore it hath been often held, that though no proofs be produced on either side, yet the jury might bring in a verdict. For the oath of the jurors, to find according to their evidence, was construed to be, to do it according to the best of their own knowledge. This seems to have arisen from the ancient practice in taking recognitions of assise, at the first introduction of that remedy; the sheriff being bound to return such recognitors as knew the truth of the fact, and the recognitors, when sworn, being to retire immediately from the bar, and bring in their verdict according to their own personal knowledge, without hearing extrinsic evidence or receiving any direction from the judge. And the same doctrine (when attaints came to be extended to trials by jury, as well as to recognitions of assise) was also applied to the case of common jurors; that they might escape the heavy penalties of the attaint, in case they could shew by any additional*

solamente a los casos en que los jurados tuviesen un conocimiento personal de los hechos, pero no cuesta mucho darse cuenta de que ello debió ser interpretado extensivamente y constituyó la base para que estas frases, así como las ideas de BLACKSTONE relajando las exigencias de las pruebas legales, estuvieran en el origen de la *intime conviction* francesa.

Ahora bien, aun teniendo en cuenta todo lo anterior, no debe desdeñarse la importancia de la obra de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*. Dicha obra fue la que más influyó al elaborarse el *Code de délits et de peines* de 3 de brumario del año 4 [201], ya que dicho código copia su título precisamente de la obra de BECCARIA, por lo que es evidente que sus ideas fueron tenidas en cuenta.

Pero sea como fuere, la primera referencia a la *intime conviction* se contiene en la Ley de 16-21 de septiembre de 1791 [202] que desarrolla las instrucciones al jurado, institución creada pocos días antes [203]:

---

proof, that their verdict was agreeable to the truth, though not according to the evidence produced: with which additional proof the law presumed they were privately acquainted, though it did not appear in court. But this doctrine was again gradually exploded, when attaints began to be disused, and new trials introduced in their stead. For it is quite incompatible with the grounds upon which such new trials are every day awarded, viz. that the verdict was given without, or contrary to, evidence. And therefore, together with new trials, the practice seems to have been first introduced, which now universally obtains, that if a juror knows any thing of the matter in issue, he may be sworn as a witness, and give his evidence publicly in court».

[201] 25 de octubre de 1795. Aunque no debe olvidarse tampoco la influencia de los enciclopedistas sobre las nociones de «sentido común» y «sentimiento íntimo», que destaca IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba*, cit., p. 82.

[202] Que fue precedido de unos intensos debates que tuvieron lugar en los primeros días de 1791 (hasta el 18 de enero) sobre la oralidad en los procesos, la introducción del jurado y, en fin, sobre el sistema de prueba legal y la *intime conviction*. En concreto, en la sesión de 3 de enero de 1791 afirmó ROBESPIERRE un equilibrio entre prueba libre y legal: «*La loi ne peut pas abandonner à la seule conscience du juge le droit de décider arbitrairement; elle lui dit: Vous ne condamnerez personne, à moins qu'il n'existe contre l'accusé des preuves plus claires que le jour. La loi a été plus loin. Elle a même posé des règles pour l'examen et pour l'admission des preuves, règles sans l'observation desquelles les juges ne sauraient condamner, quelle que soit leur conviction. S'il existe des règles, il faut constater qu'elles ont été remplies; le moyeu de le constater, c'est l'écriture; sans cela il n'y a plus de barrière à l'arbitraire et au despotisme. La société doit s'assurer que l'accusé n'a été condamné que sur des preuves indubitables... Il faut donc réunir et la confiance qui est due aux preuves légales et celle que mérite la conviction intime du juge*». La posición de A. DUPORT, que fue la que finalmente se impuso, era completamente favorable a la oralidad y a la *intime conviction*, sin ataduras legales. Y así lo indicó en la sesión de 4 de enero de 1791: «*Lorsqu'un fait devient l'objet des recherches de la justice, son attention doit se porter à en connaître la vérité. Est-il arrivé, n'est-il pas arrivé? Voilà la seule question. Quels sont les moyens employés pour la connaître? Il y en a de deux sortes. Déterminer d'avance quelles seront les preuves à l'aide desquelles on connaîtra la vérité; astreindre les juges à décider sur ces preuves et à les prendre pour constantes, quelle que soit leur conviction, on bien rassembler devant les juges tous les moyens de connaître la vérité et s'en rapporter à leur opinion et à leur intime conviction. Le premier moyen, ce sont les preuves légales, et le second les preuves morales. Or, je prétends que les preuves légales sont une méthode absurde en soi, dangereuse pour l'accusé, dangereuse pour la société; 1' absurde en soi, car n'est-il pas ridicule que la loi ait déterminé d'avance comment on prouvera un fait qu'elle ne connaît pas et dont la combinaison varie à l'infini? Quel fait n'a pas sa preuve particulière et propre? La vérité peut-elle être réduite en formules? 2.º Dangereuse à la société; ici, je suis forcé de le dire, une vaine démonstration d'humanité ne m'égarera pas. Si vous établissiez des preuves légales, si vous disiez, par exemple, qu'on ne pourra condamner qu'avec deux témoins oculaires ou autres preuves semblables, vous donneriez un brevet d'impunité à tous les scélérats en leur présentant un point d'appui sûr, dans leurs criminels calculs. 3.º Dangereuse à l'accusé: en effet, si vous établissez qu'on peut juger sur deux témoins qui ont assisté à la confrontation, sans examiner*

(Nota 203 en página siguiente)

«*La loi ne demande pas compte des moyens par lesquels (les jurés) se sont formés une conviction; elle ne leur prescrit point de règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve: elle leur demande de s"interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé, et les moyens de la défense. La loi ne leur dit point: "Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins, ou vous ne regardez pas comme suffisamment établié toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins ou de tant d'indices"; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: Avez-vous une intime conviction?* [...]».

Esa *intime conviction* fue reproducida por todas las leyes posteriores, cambiando en ocasiones la terminología por «*conviction personnelle*» [204] o «*intime et profonde conviction*» [205]. Y básicamente se explica que la *intime conviction* significa la libertad total del que juzga a la hora de apreciar la prueba, sin motivación, pero dentro de «la sinceridad de su conciencia». Y

---

la moralité de ces témoins, s'ils sont ou non dignes de foi, vous faites de sang-froid la plus détestable et la plus cruelle absurdité; vous vous jouez de la vie et de l'honneur des hommesavec plus de légèreté que vous n'en mettez dans la plus simple affaire. Lorsqu'un homme est appelé à juger sur des preuves écrites, sur quoi se décide-t-il pour les admettre? Ce n'est pas sur la confiance dans le témoin, ce n'est pas encore sur la conviction, c'est sur des règles qu'il se fait ou qu'il reçoit de la loi pour découvrir la vérité. La loi lui remet un instrument avec lequel il mesure tant bien que mal la déposition, et voilà ce qu'on appelle rendre la justice! Dans ce système on ne cherche pas si telle chose est vraie, mais si elle est prouvée».

Meses después, todavía resonaban los ecos de aquella larga discusión en un debate en la asamblea constituyente sobre el proceso para juzgar los delitos contra la libertad de prensa, que tuvo lugar el 22 de agosto de 1791. En el curso de dicho debate A. DUPORT afirmó: «*si vous mettez le mot formellement, les jures peuvent-ils desirer ce qui est formel, ou bien est-ce pour eux une obligation de regarder si la forme de conseil de désobéissance est exprimée dans l'idée. Si les jurés peuvent examiner, si une telle désobéissance esf conseillée formellement ou non, il me semble que cette latitude seroit infiniment préférable pour la liberté de leur jugement, celle de savoir si l'intention étoit criminelle ou non; car, il est possible qu'un homme, dans un bon ouvrage, laisse échapper des pages qui pourraient être répréhensibles, et que lus jurés se trouvent dans le devoir de l'absoudre par !es considérations générales que l'intention dans laquelle il a écrit, n'est pas mauvaise. Si donc on ne peut déterminer que tels articles d'un livre conseillent formellement ou non la désobéissance, c'est-à-dire, si les jurés peuvent juger, suivant leur bon sens, suivant leur conviction intime, si la désobéissance est ou non formelle* [...]». *Vid*. *Journal des États Généraux*, t. XXXII, Paris, 1791, p. 187.

[203] Sin hacer referencia a la intime conviction, el jurado se instituyó a través de la *Constitution française* de 3-9-1791, cap. V, art. 9: «*En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation.—Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés.—L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs.—Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze.—L'application de la loi sera faite par des juges.—L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil.—Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait*».

[204] ***Art. 206 del Code de délits et de peines de 1795.*** *Les jurés sont des citoyens appelés à l'occasion d'un délit pour examiner le fait allégué contre le prévenu ou l'accusé, et déclarer, d'après les preuves qui leur sont fournies et leur conviction personnelle, si le délit existe, et quel est le coupable.*

[205] ***Art. 343 del Code de délits et de peines de 1795.*** *Après avoir reçu cette promesse, le président du tribunal adresse aux jurés et à leurs adjoints le discours suivant: «Citoyens, Vous promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse, les charges portées contre un tel; .... de n'en communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection; de vous décider d'après les charges et moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime et profonde conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre». Chacun des jurés et de leurs adjoints, appelé nominativement par le président, répond : «Je le promets».*

ello no se hacía para que el jurado cometiera arbitrariedades, sino para excluir por completo que los jurados pudieran caer en cualquier tentación de aplicar reglas legales de valoración de la prueba de la manera que se había venido haciendo, porque eso sí que constituía una arbitrariedad. Y así se recogía expresamente en las citadas instrucciones, en las que se llegaban a citar algunas de esas antiguas reglas legales de valoración [206].

El texto de 1791 fue prácticamente copiado en el art. 342 del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 [207], con escasos cambios. Y siendo este último el texto más conocido, por ello se ha llevado la fama de haber sido el que introdujo la *intime conviction*, aunque ello no se ajuste a la realidad.

No obstante, las ideas de Blackstone también tuvieron que influir al legislador francés. Ello se comprueba completamente a través de la obra de Bentham, discípulo del primero. Pero no en su trabajo sobre legislación civil y penal [208], publicado por primera vez en francés en 1802, y que puso muchas de las bases de la obra codificadora acaecida en los años posteriores en ese país, y de la que forma parte el *Code d'instruction criminelle*. Y es que en dicha obra, como dijo en 1822 Ramon Salas, Bentham pasa sobre la materia procesal «como sobre brasas o sobre espinas» [209]. En el trabajo en el que Bentham expone sus conclusiones sobre la prueba es en su conocido *Traité des*

---

[206] ***Art. 372 del Code de délits et de peines de 1795.*** *Le président résume l'affaire, et la réduit à ses points les plus simples. Il fait remarquer aux jurés les principales preuves pour et contre l'accusé. Il leur rappelle les fonctions qu'ils ont à remplir, et, pour cet effet, il leur donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères dans la chambre destinée à leurs délibérations*: «*Les jurés doivent examiner l'acte d'accusation, les procès-verbaux, et toutes les autres pièces du procès, à l'exception des déclarations écrites des témoins, des notes écrites des interrogatoires subis par l'accusé devant l'officier de police, le directeur du jury et le président du tribunal criminel. C'est sur ces bases, et particulièrement sur les dépositions et les débats qui ont eu lieu en leur présence, qu'ils doivent asseoir leur conviction personnelle : car c'est de leur conviction personnelle qu'il s'agit ici; c'est cette conviction que la loi les charge d'énoncer; c'est à cette conviction que la société, que l'accusé, s'en rapportent.*

La loi ne leur demande pas compte des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve: elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: *Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins*. *Elle ne leur dit pas non plus*: *Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices*. *Elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs*: *Avez-vous une intime conviction ?* [...]

[207] «*Avant de commencer la délibération, le chef des jurés leur fera lecture de l'instruction suivante, qui sera, en outre, affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de leur chambre: «La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus: elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve: elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; elle ne leur dit pas non plus: Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: Avez-vous une intime conviction?* [...]».

[208] J. Bentham, *Traités de Législation civile et pénale*, 2.ª ed., t. III, Paris, 1820.

[209] J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada por E. Dumont y traducida al castellano con comentarios por R. Salas, t. IV, Madrid, 1822, p. 321.

preuves judiciaires publicado en París en 1823 [210], y que no hay que olvidar que se trata de una obra extractada por Stéphane DUPONT sobre los manuscritos que BENTHAM [211] había realizado quizás a finales del siglo XVIII durante su estancia en Francia [212], lo que hace posible que el legislador francés tuviera acceso a esos manuscritos antes de 1808, e incluso en 1791, o al menos el jurista inglés fuera escuchado de algún modo.

Pues bien, en dicha obra se leen críticas feroces contra la prueba legal [213] —especialmente contra los juramentos, la pluralidad de testigos exigidos en la prueba testifical y el valor tasado de la prueba documental— [214], remitiendo a los jueces a la sencillez de la valoración según lo que dicta el sentido común [215], recomendando la valoración conjunta de todas las pruebas, sin las ataduras de la prueba legal, incluyendo en la explicación las exclusiones de testigos, que rechaza de plano [216], dando a través de todas estas disquisicio-

[210] J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823.

[211] Como ya había hecho el mismo DUPONT en 1802 con los *Traités de Législation civile et pénale*.

[212] Que tuvo lugar al parecer entre 1791 y 1792, fecha en la que forzosamente tuvo que coincidir con el principal inspirador del *Code*, J. B. TREILHARD, presidente de la *Convention* entre 1792 y 1793.

[213] BENTHAM, *Traité*, cit., p. 9. «*...on remonte à l'origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puériles qui mêlent sans cesse l'œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L'histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences , on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d'effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s'est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets*».

[214] BENTHAM, *Traité*, cit., pp. 11-12 «*Mais l'homme de loi peut-il ignorer ce qui est connu de tout'le monde? Non, sans doute; mais il faut distinguer en lui deux êtres étrangers l'un à l'autre, l'homme naturel, et l'homme artificiel. L'homme naturel peut être l'ami de la vérité: l'homme artificiel en est l'ennemi. L'homme naturel peut raisonner avec justesse et avec simplicité: l'homme artificiel ne sait raisonner qu'à l'aide de subtilités, de suppositions et de fictions. L'homme naturel peut aller à son but par le droit chemin: l'homme artificiel, ne sait arriver au sien que par des détours infinis; et s'il avait à vous demander, quelle lieure est-il? quel temps fait-il? il faudrait qu'il commençât par mettre deux ou trois personnes entre vous et lui, qu'il inventât quelque fiction d'astrologie, et qu'il employât quelques semaines ou quelques mois en écritures et en questions préliminaires...*».

[215] BENTHAM, *Traité*, cit., pp. 10-11 «*Le tribunal domestique est le vrai type du tribunal politique. Les familles ont existé avant les états; elles existent dans les états mêmes. Elles ont un gouvernement, des lois à faire exécuter, des disputes* à *décider. Elles ont une méthode pour arriver à la connaissance des faits: cette méthode ne se trouve pas dans les livres; le législateur primitif, le sens commun, l'a enseignée au premier père de famille, et l'enseigne encore à tous ses successeurs. Cependant la révélation de ce système de procédure, toujours suivi, toujours méconnu, est, en législation, une véritable découverte. L'homme des champs le suit par instinct, l'homme de loi s'en éloigne par érudition*».

[216] BENTHAM, *Traité*, cit., pp. 13-14: «*Voyons maintenant quels sont les traits les plus éminents de cette procédure domestique ou naturelle. Le père de famille, dès qu'il s'élève une contestation entre les personnes qui dépendent de lui, ou qu'il est dans le cas de prononcer sur quelque contravention à ses ordres, appelle les parties intéressées à paraître devant lui; il les admet à témoigner en leur propre faveur; il exige une réponse à toutes ses questions, même à leur désavantage; et il considère leur silence comme un aveu, à moins qu'il n'entrevoie des motifs qui peuvent engager l'innocent même à se taire. Il fait son interrogatoire sur le lieu même; la réponse est donnée immédiatement après chaque question, sans qu'on connaisse celle qui doit suivre. Il n'exclut aucun témoin: il écoute tout, en se réservant d'apprécier chaque témoignage; et ce n'est pas d'après le nombre, mais d'après la valeur des témoins, qu'il prononce. Il permet à chacun d'eux de faire son narré de suite, à sa manière, et avec les circonstances nécessaires pour la liaison du tout. S'il y en a qui se contredisent, il les confronte immédiatement, il les met aux prises l'un avec l'autre, et c'est de ce conflit que la vérité jaillira. Il cherche*

nes la imagen de lo que debe ser un buen jez, es decir, justamente el que no aplica normas de prueba legal [217].

Todo ello pudo dar lugar a la *intime conviction* en el proceso penal [218]. Pero el impulso de las ideas expuestas no fue capaz de suprimir las pruebas legales del proceso civil, puesto que sobre éste pesaban quizás demasiado las ideas de POTHIER [219] a la hora de redactar el *Code civil*, dado que en su obra sí se recogían algunas de las antiguas pruebas legales. Pero al menos dieron luz en un texto legal a la libre apreciación de la prueba, lo que constituye el principal mérito de la *intime conviction* del ordenamiento francés.

La importancia de este hito, que superaba el antiguo *secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* [220], no tardó en ser destacada por la Doctrina, que se dedicó a hacer reflexiones similares a las de BECCARIA, BLACKSTONE y BENTHAM, aunque normalmente sin citarles en este punto [221]. Sea como fuere, sin mayores explicaciones ni desarrollo, el sistema se extendió de los tribunales de jurados al resto de tribunales [222]. Pero quisiera concluir este epígrafe diciendo que si bien BLACKSTONE habló de este sistema con respecto a los jurados, no lo hizo así BENTHAM, por lo que sólo concibiendo que el sistema inglés era mayoritariamente de jurados tanto en el proceso civil como en el penal, se puede llegar a la errónea conclusión de que la libre apreciación de la prueba y el jurado van siempre de la mano, lo que se ha afirmado con gran frecuencia, y hasta incluso se ha dicho que el sistema de valoración legal fue derogado para permitir la implantación del jurado.

Pero no es así en absoluto, puesto que implantación del jurado y valoración libre de la prueba fueron y son asuntos por completo diferentes. En Inglaterra, por ejemplo, coexistieron jurados y pruebas legales, simplemente porque el llamado a aplicarlas era el juez que presidía el tribunal del jurado, y no los jurados. Las reflexiones críticas de BENTHAM iban dirigidas a los juzgadores en general y expresaban un hartazgo generalizado por el absurdo funcionamiento del sistema de valoración probatoria. Se trataba únicamente de que los jueces dejaran atrás el sistema de prueba legal en beneficio de

---

à arriver à une conclusion prompte, pour ne pas fomenter des germes de dissension dans sa famille; et parce que des faits récents sont plus aisément connus et prouvés, il n'accordera de délais que pour des raisons spéciales».

217 BENTHAM, *Traité*, cit., p. 10: «*Un bon père de famille, au milieu des siens, et réglant leurs contestations, et l'image d'un bon juge*».

218 De hecho, BENTHAM, *Traité*, cit., p. 5, había dicho lo siguiente: «Q*u'est-ce qu'une fausse règle en matière de procédure? C'est une règle qui tend à mettre en contradiction la décision du juge et la loi; qui entraîne le juge à prononcer contre sa* ***persuasion intime****, à sacrifiquer le fond à la forme*...». Es posible que estas palabras las dijera BENTHAM durante su estancia en la Francia revolucionaria antes referida, pero no puede excluirse del todo que fueran añadidas por su copista inspirándose en los textos legales.

219 R. J. POTHIER, «Traité des obligations», en *Ouvres de Pothier*, Paris, 1825, t. I, parte IV, pp. 183 y ss.

220 Que se remontaba a DURANTE. *Vid.* PICÓ JUNOY, *El juez y la prueba*, cit., p. 36.

221 *Vid.* F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866, pp. 341 y ss. R. GARRAUD, *Théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1907, pp. 502 y ss, sí que cita a BENTHAM y a BECCARIA, aunque sin atribuirles la paternidad sobre la *intime conviction* que estimo que les corresponde.

222 GARRAUD, *Théorique et pratique d'instruction*, cit., p. 515.

un modo de obrar mucho más racional en materia de la prueba. Y ello nada tenía que ver con la implantación del jurado (que ya existía en Inglaterra), sino con el recuerdo a los jueces de que a la hora de valorar la prueba y, en definitiva, de juzgar, tenían que usar su intelecto, su sentido común. Parece algo muy obvio hoy en día, pero desde luego no lo fue en la época por las razones que vimos anteriormente.

En conclusión, el sistema de la prueba libre no nació en Francia, sino que es históricamente mucho más remoto y, además, doctrinalmente habría nacido al menos en Italia y en Inglaterra casi a la vez. Por otra parte, no es posible relacionar libre apreciación de la prueba y jurado, porque el sistema de la libre apreciación trasciende manifiestamente a dicha institución, y de hecho, aunque parezca lo contrario, no se trata de instituciones inconciliables, como demostró en su día el ordenamiento inglés.

b) *La* «freie Beweiswürdigung». *La «verdad formal» y la «verdad material»*

Todas estas ideas influyeron en muchos países de Europa, aunque especialmente entre los juristas germánicos [223]. En los Estados alemanes del siglo XVIII también se padecían los rigores de un mal entendido sistema legal de valoración de la prueba, y se hubo de esperar a una reacción que tardó algo más en llegar, pero que una vez producida se implantó con una extensión bastante grande, pese a las reticencias de muchísimos juristas de esas latitudes [224]. Por añadidura, el estudio de la *freie Beweiswürdigung* es probablemente el que más polémicas futuras generó en el estudio de la valoración de la prueba.

No obstante, la discusión sobre la cuestión comenzó desorientada. Al principio el debate no fue sobre la valoración de la prueba, sino sobre la conveniencia de la implantación del jurado [225], dando por buena la confusión entre jurado y valoración libre que ya destaqué líneas atrás [226]. De hecho, no

---

[223] Así lo reconoce WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., p. 67. *Vid.* también C. PATERMANN, *Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre*, Bonn, 1970, pp. 79 y ss. W, KÜPER, «Historische Bemerkungen zur "freien Beweiswürdigung" im Strafprozeß», en: AAVV, *Festgabe für Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Heidelberg, 1984, pp. 23 y ss.

[224] Sobre la historia de lo que sucedió, *vid.* PERBAND, *Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung*, cit., pp. 27 y ss.

[225] *Vid.* WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., p. 69. Ello se confirma leyendo a G. HERDEGEN, «Bemerkungen zur Beweiswürdigung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 5, 1987, p. 194, pero sobre todo a un autor de la época, MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid 1959, pp. 115 y ss, quien además dejó para la historia una frase que puede estar en la base de la excusa de la inmediación con la que los jueces de segunda instancia suelen eludir el razonamiento probatorio: (*op. cit.*, p. 119) «¿cómo podrán los jueces de segunda instancia reconocer la justicia o injusticia de la sentencia dada sobre las convicciones íntimas de los Magistrados de la primera?».

[226] Testimonio de ello es de uno de los detractores del jurado: P. J. A. FEUERBACH, *Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht*, Landshut, 1813, pp. 33-34: «*Da der Ausspruch der Jury blos durch subjectives Fürwahrhalten bestimmt werden soll, so sind die Geschwornen wegen ihres Ausspruchs unverantwortlich. Sie haben kein anderes Gesetz als ihr Gewissen, keinen andern Richter als ihr eigenes Bewußtseyn. Ihr Ausspruch gleicht dem Spruche eines Orakels, welcher, sichtbar in*

se puede acusar solamente a los juristas alemanes de haber confundido una cuestión con otra, sino que al hilo de los debates en la Asamblea Constituyente francesa ya se había hecho un *totum revolutum* entre jurado, oralidad, publicidad, libre apreciación de la prueba [227], sistema acusatorio, absolución de la instancia, libertad de los imputados, etc. [228], que sólo se puede comprender quizás leyendo esos debates. Pero que en la actualidad resulta inaceptable, aunque ésa es otra cuestión.

Volvamos a los Estados alemanes. Como decía, la polémica se centró en la cuestión del jurado. Y dado que se trataba de una institución que, quizás con razón, no gustaba a muchos, todo aquello que acompañaba al jurado —aunque no tuviera nada que ver con él— fue anatematizado. Y esa suerte le tocó a la libre valoración de la prueba, a la que se tachó de irreflexiva, dado que se observaba cómo en Francia el jurado no motivaba los veredictos [229]. Se llegó a decir que la valoración en estos casos no tenía una naturaleza lógica, sino simplemente «de conciencia» [230], lo que sirvió incluso para defender la vigencia del sistema inquisitivo, así como la seguridad jurídica que ofrecía el hecho de que las reglas de valoración probatoria se encontraran en la ley [231]. Como se ve, la confusión entre todo lo citado estaba servida.

Sin embargo, no tardaron en surgir autores que recordaron, simplemente, que la convicción es también una labor de reflexión y que, por tanto, también se le aplican las reglas de la lógica [232], y que es esencialmente moti-

---

seinen Folgen, in seinen Gründen unerforschlich und stets heilig ist. Aber dieses Orakel, das hier mit furchtbarer Gewalt über Schuld und Unschuld spricht, geht nur aus dem Gemüthe von Menschen hervor. Wer bürgt gegen ihren Leichtsinn? wer bürgt gegen ihre Gewissenlosigkeit? Freilich Niemand. Doch gibt es ein machtiges Gegengewicht gegen beides. Gibt es keinen bürgerlichen Gerichtshof, vor welchem die Geschwornen ihren Ausspruch verantworten müßten, so gibt es doch noch ein Gericht der Welt, vor welchem jeder nicht entmenschte Schuldige erröthet, und den selbst derjenige scheut, der sonst keinen andern Richterstuhl zu fürchten hat. Dies ist das Gericht ber öffentlichen Meinung, das Censorat des Publikums, welches mit Ehre lohnt, aber mit Schande straft. Das Urtheil der Jury, so wie das Verfahren, worauf es gegründet wird, muß daher öffentlich seyn».

[227] WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., pp. 331 y ss, ofrece una explicación a la ligazón entre la libre apreciación y la oralidad, la inmediación y la publicidad, en la medida en que estos principios servirían mejor a la averiguación de la verdad que los antiguos principios del proceso inquisitivo. Ciertamente, ello es válido con respecto a la prueba de declaración de personas, pero con respecto al resto de pruebas la intensidad de esa relación no es ni mucho menos tan fuerte. No obstante, cabe encontrar en esa idea una explicación bastante razonable del *totum revolutum*, al menos en un principio. Pero no se trata de una explicación omnicomprensiva, dado que también se puede valorar libremente la prueba, e incluso con mayor libertad, en un procedimiento secreto y escrito. Lo cual no quiere decir que ello sea lo más conveniente. Más adelante abundaré en esta cuestión.

[228] *Vid.* W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, Heidelberg, 1860, pp. 645-646.

[229] WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., pp. 70-71.

[230] R. GNEIST, *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*, Berlin 1849, p. 67.

[231] GNEIST, *Die Bildung der Geschworenengerichte*, cit., p. 62: «*Es ist wahr, daß dieser Inquisitionsprozeß dem Richter keine Schranken in Mitteln und Wegen setzt: aber es will deshalb den Angeklagten noch nicht der Willkür, nicht dem persönlichen Belieben dieses Richters überlassen, sondern das Gesetz selbst misst Schuld und Unschuld nach einem objektiven Maaßstab ab. Jenes freie Schalten des Inqnisitionsrichters bezieht sich nur auf die Vorbereitung der einzelnen Beweisargumente; die definitive Benutzung derselben steht unter dem Gesetz, dessen Organ der Richter ist. Fällt dies Gesetz weg: so hat die ausschließliche Stellung des Richters auf diesem Gebiet keinen rechtlichen Boden mehr*».

[232] JARKE, *Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen*, Neues Archiv des Criminalrechts, 1826, pp. 102-103.

vable[233]. Y es en este último punto en el que algunos años más tarde incidirá SAVIGNY para defender la libre valoración de la prueba en el Reglamento penal prusiano de 17 de julio de 1846[234], pero recordando expresamente que *intime conviction* no quería decir irreflexión o arbitrariedad. Destacó el Maestro el valor que debe tener la motivación de la convicción judicial para permitir la apelación ante el tribunal superior, aludiendo expresamente al hecho de que las reglas que debe seguir el juez en la valoración libre son las leyes del pensamiento, así como su propio conocimiento y experiencia[235]. Esa necesidad de motivación se plasmó en esa *Veordnung* prusiana de 17 de julio de 1846[236].

Pero mientras todo eso sucedía en el proceso penal, en el proceso civil la situación permanecía inalterada. MITTERMAIER había destacado el sinsentido de las antiguas exclusiones de testigos[237], aún vigentes entonces. Además, se publicó un criticado artículo de BUSCH[238] de 1854 sobre los paralelismos entre la prueba civil y la prueba penal y la necesidad lógica[239] de derogar el sistema de valoración legal de la prueba en lo civil, al igual que ya se había hecho en lo penal. Pero hubo que esperar sobre todo a los escritos que ENDEMANN publicó entre 1858 y 1860 para encontrar un decidido impulso a la libre valoración —primero referida como *freie Beweisprüfung*[240]— en el pro-

---

[233] MITTERMEIER, *Die Lehre vom Beweiseim deutschen Strafprozesse*, Darmstadt, 1834, p. 66.

[234] Sus palabras pueden localizarse en el Archiv für Preußisches Strafrecht Bd. 6 (1858), pp. 471 y ss, o bien bajo el título *Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse*, Goltdammers Archiv, 1858, pp. 469 y ss.

[235] SAVIGNY, *Über Schwurgerichte*, cit., pp. 484-485.

[236] En concreto, en su § 22: «*Die bestehenden gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Aufnahme der Beweise, insbesondere auch darüber, welche Personen als Zeugen vernommen und vereidet werden dürfen, bleiben ferner maßgebend. Dagegen treten die bisherigen positiven Regeln über die Wirkung der Beweise außer Anwendung. Der erkennende Richter hat fortan unter genauer Prüfung aller Beweise für die Anklage und Vertheidigung nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der vor ihm erfolgten Verhandlungen geschöpften überzeugung zu entscheiden, ob der Angeklagte schuldig oder nicht schuldig sei. Er ist aber verpflichtet, die Gründe, welche ihn dabei geleitet haben, in dem Urtheile anzugeben*». Citado por WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., p. 74.

[237] C. J. A. MITTERMAIER, «Die Fortschritte der Gesetzgebung in Bezug auf bürgerliches Verfahren mit Darstellung der neuesten Gesetzgebungsarbeiten für Weimar und Schwarzburg, für Altenburg, Anhalt und den Kanton Aargau», *AcP*, núm. 36 (1853), p. 138: «*In Bezug auf den Zeugenbeweis hat der Entwurf ie alte Beweistheorie beibehalten, nach welcher viele Zeugen entweder von Amtswegen als unzulässig zu verwerfen sind (§ 200), oder auf Antrag des Gegners verworfen werden (§ 201), oder als verdächtig erklärt werden (202). Wir bitten dringend alle Gesetzgeber, diese Theorie aufzugeben, bei welcher er von vorneherein den Richter häufig der wichtigsten Beweismittel beraubt, deswegen, weil in einigen Fällen unter Umständen einVerhältniß Besorgnisse erwecken kann, lieber allgemein das Verhältnis der Unglaubwürdigkeit erklärt und damit oft schwer verletzt. Frage man die Erfahrung in England, wo seit 1843 Niemand von den Zeugnissen ausgeschlossen ist, und man wird von allen Praktikern diese Vorschrift rühmen hören*».

[238] F. B. BUSCH, «Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen in Bezug auf den Beweis in Civil- und Strafsachen, und die daraus entstehende Nachteile», *Archiv für die Civilistische Praxis*, núm. 37 (1854), pp. 63 y ss.

[239] El recuento de inconvenientes de tener dos sistemas distintos en cada proceso es demoledor. *Vid.* BUSCH, *Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen*, cit., pp. 67-68. Por ello acaba el autor diciendo: «*Ganz anders wird sich die Sache gestalten, wenn der Richter in bürgerlichen Rechtssachen ebenso, wie in Strafsachen, nach seiner richterlichen überzeugung über das Wahr oder Nichtwahr einer Thatsache zu entscheiden hat, und nicht mehr an bestimmte gesetzliche Beweisregeln gebunden ist; wenn nicht mehr die Frage so steht: Was ist nach gewissen regeln wahrscheinlich? Sondern so: Was ist nach des Richters Ueberzeugung wahrscheinlich?*».

[240] Llamada así por oposición a la prueba que está sometida a «*gesetzliche Beweisregeln*» o normas legales de prueba. *Vid.* SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung*, cit., p. 188.

ceso civil [241], al hilo de la enunciación de un concepto que daría mucho que hablar en los años posteriores: la «verdad material» [242].

ENDEMANN, en su primer artículo dedicado al tema asertó que el proceso civil estaba regido por el principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*), principio que si bien había sido considerado como el paradigma de la Justicia durante mucho tiempo, lo cierto es que no permitía que se obtuviera en la prueba la «verdad material» [243] de las afirmaciones de las partes [244], oponiéndola el autor citado a una «teoría formal de la prueba», o a lo que denominó «verdad jurídica» [245] o «verdad formal» [246], que era la que se obtenía utilizando el referido principio [247]. El juez, al amparo de las viejas directrices, parecía que debía quedar al albur de aquello que le aportaran las partes, sin poder intervenir más allá. Se preguntaba ENDEMANN si no podía concebirse que los jueces fueran seres racionales, que pudieran valorar fielmente la prueba sustentando su motivación en razones lógicas [248]. La libre valoración consistía, a decir de este autor, en el estudio de la vida, del auténtico conocimiento de las cosas que se extraía del uso del sentido común [249]. No bastaba una gran verosimilitud para tener una convicción como probada, sino que siempre debía intentarse la obtención de la verdad [250].

---

[241] W. ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41 (1858), pp. 92 y ss. W. ENDEMANN, «Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41(1858), pp. 289 y ss. W. ENDEMANN, «Die freie Prüfung des Zeugenbeweises», *AcP*, núm. 42 (1859), pp. 246 y ss. W. ENDEMANN, «Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 1 y ss. W. ENDEMANN, «Der Eid bei freier Beweisführung», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 349 y ss. W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, Heidelberg, 1860.

[242] El concepto, no obstante, no es originalmente alemán, aunque sea la Doctrina de este país la que lo trabajó más posteriormente. Lo más probable es que dicho concepto estuviera inspirado en BENTHAM, *Traité*, cit., p. 5, cuando decía: «*Qu'est-ce qu'une fausse règle en matière de procédure? C'est une règle qui tend à mettre en contradiction la décision du juge et la loi; qui entraîne le juge à prononcer contre sa persuasion intime,* ***à sacrifiquer le fond à la forme****...*». Sólo así se explica que en 1856, DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, cit., p. 135, dijera estas palabras en España: «Por eso ha dominado en los pueblos rudos y en épocas remotas poco civilizadas el sistema de la verdad formal, esto es, el sistema que sin tener en cuenta la convicción íntima del juez, ni los motivos suministrados por la razon y la experiencia para decidir, obliga a este a tener por cierta una demostracion que sólo se apoya en motivos de pura forma; y por el contrario, en los países ilustrados y en las épocas modernas, ha erigido su imperio el sistema de la verdad material, o en que el juez funda su conviccion en los medios mas seguros para llegar a la verdad, de suerte que las reglas sentadas por el legislador tienen orígen en el principio que se ha propuesto, de sancionar los medios de certidumbre mas conformes a su objeto, la verdad absoluta». *Vid.* también, aunque no cita expresamente el concepto aunque sí la idea, G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. IV, Pisa, 1832, p. 76.

[243] La expresión «*materielle Wahrheit*» ya la había utilizado BUSCH, *Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen*, cit., p. 65, en 1854.

[244] Es curioso que en una sola frase se condensara prácticamente el total de la discusión que vino después. ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung», cit., p. 93: «*Es ist bekannt, daß der Civilprozeß, indem er sich auf die sogenannten Verhandlungsmaxime, die man lange Zeit sonderbar genug für ein Palladium der Gerechtigkeit gehalten hat, stützt, keineswegs die materielle Wahrheit der Parteibehauptungen zu Grunde zu legen vermag*».

[245] ENDEMANN, «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 289.

[246] *Ibid.*, p. 324.

[247] Interpretación y terminología que aceptó W. KROLL, *Über die Beweiswürdigung im Civilprozeß, mit besonderer Berücksichtigung auf das Preußischen Recht*, Leipzig, 1862, p. 18, hablando todavía más claramente de «*wirklichen Wahrheit*», es decir, verdad real, en lugar de verdad material.

[248] ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung», cit., p. 96.

[249] *Id.* «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 291.

[250] *Id.* «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 303.

Y tras estas propuestas, que descalificaban las afirmaciones de los autores que decían que la libre valoración no se motivaba, se dedicó a ir explicando su posición apuntando a las tres pruebas legales por excelencia: la testifical, la documental y a la declaración de parte bajo juramento. Con respecto a la primera propuso la abolición del número mínimo de testigos y de todas las exclusiones de los mismos [251]. En relación con la prueba documental afirmó que su credibilidad dependía de cada supuesto específico, y no de los documentos que señalara especialmente la ley en cada caso concreto [252]. Y con respecto a la confesión encontró la dificultad de que estando el proceso civil regido por el principio de aportación de parte, en realidad la confesión de un litigante no era sino una expresión de este poder de disposición. Y por ello, la consecuencia de suprimir del todo el valor de la confesión supondría que «el juez debería buscar de oficio la verdad de forma inquisitoria» [253], lo que se saldaría con una abolición del principio de aportación de parte, resultado que hubiera supuesto pagar un precio demasiado caro a cambio de haber introducido la libre valoración en este punto. Por ello, ENDEMANN acaba reconociendo la eficacia de la confesión en su sentido dispositivo, a fin de acabar el proceso, pero no le reconoce, en el fondo, valor probatorio [254].

Las reacciones no se hicieron esperar. Si bien hubo defensores del antiguo sistema de prueba legal [255], aunque fuera parcialmente [256] defendiendo la razonabilidad de algunas de las normas de prueba legal [257], se produjo mayoritariamente un esfuerzo por conseguir que el principio de libre valoración de la prueba se plasmara en la ZPO de 1877 [258], lo que finalmente se consiguió en su § 259 [259], pese a que quedaron algunos restos de la prueba legal que se

---

[251] *Id.* «Die freie Prüfung des Zeugenbeweises», cit., pp. 247 y 266.

[252] *Id.* «Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln», p. 3.

[253] *Id.* «Der Eid bei freier Beweisführung», cit., p. 351: «Der Richter müßte von Amtswegen inquisitorisch die Wahrheit suchen».

[254] *Id.* «Der Eid bei freier Beweisführung», cit., pp. 380-381.

[255] Es especialmente destacable la frase de BÄHR, «Die Grenzen der freien Beweistheorie», cit., p. 413: «*Es ist ein Irrthum, zu glauben, der Richter könne wirklich, einem Gotte gleich, über Wahrheit oder Unwahrheit aller Thatsachen nach freier Ueberzeugung entscheiden*».

[256] KROLL, *Über die Beweiswürdigung im Civilprozeß*, cit., p. 82.

[257] A. HEUSLER, «Die Grundlagen des Beweisrechts», *AcP*, núm. 62 (1879), p. 305.

[258] Así se pronunció la mayoría de los presentes en el Dritten deutschen Juristentag, no sin reservas con respecto a la confesión y la prueba documental, y asumiento que la libertad de valoración sólo se haría efectiva en caso de discrepancia de las partes: «*Der Juristentag spricht sich —ohne damit bestimmten Vorschriften über die Zulässigkeit einzelner Beweismittel und über die Art ihrer Erhebung vorzugreifen, sowie mit Vorbehalt nöthiger Bestimmungen über Beweis durch Urkunden und den Eid —für den Grundsatz aus, dass der Richter die Wahrheit der Tatsachen, soweit sie unter den Parteien streitig ist, nach freier Ueberzeugung zu prüfen habe*». Recoge este texto UDE, «Freie Beweiswürdigung und freies richterliches Ermessen (zu § 259 und 260 etc. der C.P.O.)», *ZZP*, núm. 6 (1883), p. 419.

[259] El actual ***§ 286. Grundsatz der freien Beweiswürdigung*** *1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.*

2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

mantienen hoy en día, con respecto a la prueba de documentos públicos [260] y privados [261], los actas del proceso y la sentencia [262].

Y ello fue porque los autores siempre fueron conscientes de que una cierta dosis de «verdad formal» tenía que existir, al menos en el proceso civil [263], dada la vigencia del principio dispositivo en este proceso, de manera que esa verdad material no podía llegar a anular nunca ese poder de disposición [264]. Esa posibilidad de disponer había de permitir que la confesión, como acto dispositivo de derechos, tuviera valor legal. Pero también la prueba documental, dado que la suscripción de un documento también pertenecía a ese poder de disposición [265].

A pesar de la solución de compromiso que suponía la creación del anterior sistema mixto, la doctrina desarrolló dos posiciones encontradas con respecto al tema de la «verdad», que de hecho generaron las polémicas posteriores. Un sector doctrinal creyó que el proceso civil tenía un fin público en la averiguación de la verdad, ya que si una sentencia no intentaba declarar la verdad, no se reconocería el derecho de una de las partes, sino que el resultado del proceso sería una injusticia [266]. Pero por otro lado existió algún autor que mantuvo que la averiguación de la verdad material en el proceso sólo respondía a una casualidad, y no podía ser la finalidad del proceso civil, al no tener interés el Estado en ello, dado que lo contrario supondría que el juez actuara *ex officio*, lo que resultaba inaceptable en el proceso civil al convertirlo en inquisitivo [267].

Von Canstein se oponía a las ideas del segundo sector, personalizando la crítica en Wach. El primer autor citado reconoció que la prueba, con la libre valoración, se había convertido en una actividad mucho más compleja para el juez que en el pasado del sistema legal, puesto que con el nuevo sistema el juez debía averiguar la realidad de los indicios aportados por las partes, así como comprobar que efectivamente conducían a las conclusiones reclama-

---

[260] ***§ 415 Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen*** *1) Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.*

2) Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

Vid. también §§ 416.*a)* a 418 ZPO.

[261] ***§ 416 Beweiskraft von Privaturkunden.*** *Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.*

[262] §§ 165.II y 314 ZPO.

[263] *Vid.* en este sentido R. F. von Canstein, «Die Grundlagen des Beweisrechts», *ZZP*, núm. 2 (1880), p. 306.

[264] Von Canstein, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, cit., pp. 307-308.

[265] *Ibid.*, p. 311.

[266] *Ibid.*, pp. 306-307 lo expresa con un juego de palabras que no se puede traducir al español: «*Denn ohne diese Prüfung und Feststellung der materiellen Wahrheit würde in den meisten Fällen nicht das wirklich bestehende Recht, sondern das Unrecht geschützt*».

[267] *Vid.* sobre estos argumentos, A. Wach, *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, vol. 14, 1872, pp. 331 y ss.

das por las mismas, lo que obligaba, no sólo a intentar averiguar la verdad, sino también a utilizar la lógica del pensamiento [268].

Pero negó el citado autor que la persecución de la «verdad material» condujera necesariamente a convertir el proceso en inquisitivo, ya que el principio opuesto al inquisitivo no era el principio dispositivo, sino el principio de aportación de parte, de forma que podía subsistir el principio dispositivo aunque el juez persiguiera la búsqueda de la verdad material, lo que desde luego, aunque no lo descartaba, matizaba muchísimo la conclusión de que el proceso se hiciera inquisitivo por la posibilidad de práctica de prueba de oficio. Y es que, de hecho, hasta el principio de aportación de parte podía seguir en vigor pese a que se mantuviera que en el proceso se persigue la búsqueda de la «verdad material». Según la doctrina citada, el principio de aportación de parte sólo supone que el juez debe averiguar la verdad a través de los medios de prueba que le aporten las partes, o de aquellos que estuvieran a disposición del juzgador sin realizar ninguna actividad investigadora. Es decir, justo la postura contraria a la mantenida por WACH, como reconoce el propio autor [269].

Finalmente, como es sabido, se impuso la postura de la «verdad material», aunque sin construir ningún concepto mítico con ello, como después se ha pretendido en ocasiones, sino simplemente como una forma de decir que el juez debe utilizar su lógica al valorar la prueba. Y valorar la prueba significa, por ejemplo, no fiarse del valor religioso del juramento de un testigo para acreditar su veracidad, sino observar su comportamiento en la sala para comprobar su credibilidad [270]. Valorar libremente requiere el uso de las máximas de experiencia para deducir las consecuencias que sean precisas de los indicios que aparezcan en el proceso, lo que es importante no sólo en las presunciones, sino también en la prueba pericial [271].

De todo ello se deduce, como decía STEIN [272], que si bien el juez es normalmente libre de valorar el grado de credibilidad que exige para tener por

---

[268] VON CANSTEIN, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, cit., p. 339.

[269] VON CANSTEIN, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, cit., p. 351: «*Nach der Inquisitionsmaxime hat der Richter nach dem Sachverhalte und nach Beweismitteln desselben zu forschen, nach der Verhandlungsmaxime hat der Richter weder nach dem Sachverhalte, noch nach Beweismitteln desselben zu forschen, sondern blos den ihm vorgebrachten Sachverhalt in Betracht zu ziehen und sich mit jenen Mitteln der Wahrheitsfeststellung zu begnügen, welche ihm von den Parteien angegeben wurden, oder welche ihm ohne Forschung zu Gebote stehen. Darin und nur darin besteht die Verhandlungsmaxime. Es ist daher eine unzulässige und absolut verwerfliche Ausdehnung dieser Maxime, wenn behauptet wird, dass sie auch darin bestehe, dass der Richter sich bezüglich der Wahrheitsfeststellung ganz passiv, als stiller Beobachter zu verhalten, und den Parteien die Feststellung der Wahrheit zu überlassen habe*». *Y añade:* «*Damit ist zugleich die Forschung des Richters nach dem Sachverhalte und nach dessen Beweismitteln, also die Inquisitionsmaxime ausgeschlossen. Die im Civilprozesse geltende Dispositionsmaxime fordert nur, dass die Dispositionen der Parteien über die Wahrannahme, also das unbedingte dispositive Geständniss und das in der Delation und Relation des Schiedseides liegende bedingte Geständniss respektirt werden, sie fordert aber unbedingt nicht die Unthätigkeit des Richters bei der Feststellung jener Behauptungen, welche vom Gegner geleugnet werden*».

[270] Lo explica a la perfección J. SEBBA, «Die richterliche Überzeugung; Ein Beitrag zur Lehre vom Beweis», *ZZP*, núm. 37 (1908), p. 81.

[271] SEBBA, *Die richterliche Überzeugung*, cit., p. 81.

[272] F. STEIN, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, Tübingen, 1928, p. 245.

probado un hecho, ello no debe conducir a la conclusión de que esta actividad no tiene ningún límite. Al contrario, la frontera de la libertad del criterio probatorio del juez está en el uso debido de las máximas de experiencia y en la prohibición de arbitrariedad. Ello permitió, finalmente, situar la finalidad de la prueba en la «completa convicción del juez», es decir, un grado tan alto de verosimilitud que no dejaría duda a ningun hombre razonable[273]. Y a la vez, para la prueba *prima facie* se acepta simplemente una plausibilidad de que las cosas puedan haber ocurrido del modo que piensa el juez[274]. Lo cual, todo hay que decirlo, supuso alejar en parte el debate sobre el concepto de verdad, como veremos más adelante.

En resumen, y al margen de esta última cuestión, en Alemania se siguió el ejemplo francés, como reconoció Rosenberg[275], por lo que las conclusiones y el contenido de lo que se pretende con la *freie Beweiswürdigung* puede considerarse idéntico a lo que se intentó obtener con la *intime conviction*[276]. De ese modo, los juristas alemanes aportaron solamente en esta materia la discusión entre verdad formal y verdad material, que fue descontextualizada y exagerada por juristas no alemanes[277], por cierto, así como la importancia del uso de las máximas de experiencia, que no era sino una explicación más técnica de la construcción lógica de la convicción que habían reclamado los juristas franceses. O del *buon senso* de Beccaria[278].

c) *El concepto* «beyond any reasonable doubt» *y otros estándares de prueba en el Derecho Anglosajón*

En este contexto, antes de pasar a las aportaciones de los juristas españoles, es preciso revisar brevemente qué pasó en los países anglosajones después de Bentham. Es decir, qué ha quedado actualmente de todo aquel movimiento que claramente apuntaba también al desarrollo de la libre valoración de la prueba, eliminando por completo las antiguas reglas legales.

De manera muy similar al grado de verosimilitud que acabamos de ver que refería Rosenberg en 1929 en Alemania[279], desde antiguo los juristas del *common law* están experimentando con frases orientadoras que permitan saber hasta qué punto se tiene que estar seguro de un hecho para darlo por probado. En los países anglosajones tiene bastante sentido buscar estas sencillas orientaciones, porque la mayor parte de los procesos penales, y no pocos civiles en EEUU, son con jurado, por lo que se trata de crear expresiones sencillas que guían al jurado en la valoración de la prueba, para que sepan

---

273 L. Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, Berlin 1929, p. 356.

274 *Ibid.*, p. 356.

275 *Ibid.*, p. 359.

276 Se han intentado separar ambas tendencias indicando que la *freie Beweiswürdigung* exigió desde el principio la motivación, a diferencia de la *intime conviction*. *Vid.* Greger, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, cit., p. 7. Pero al margen de ello, lo cierto es que el razonamiento al que hacen referencia las dos tendencias es exactamente el mismo.

277 *Vid.* F. Carnelutti, *La prova civile*, reed. de Milano, 1992 de la ed. de 1947, p. 29.

278 Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 45.

279 Rosenberg, *Lehrbuch*, cit., p. 356.

intuitivamente qué grado de certeza deben alcanzar para dar por probado un hecho. De todas estas expresiones, la que ha hecho mejor fortuna es la de «*beyond any reasonable doubt*» o «más allá de toda duda razonable» [280] que hemos oído en decenas de películas, que tiene un origen bastante antiguo [281] y que hasta leemos hoy en la jurisprudencia española [282]. Pero pese a la sencillez aparente de la frase en cuestión, lo que esconden expresiones como esa es algo bastante más complejo.

En primer lugar, debe distinguirse en qué tipo de proceso nos encontremos. Si nos hallamos ante un proceso civil en cualquiera de los países del *common law*, se nos dirá que para dar por probado un hecho basta con una probabilidad más grande de que los hechos sean ciertos a que sean falsos, apreciando conjuntamente la prueba y sopesando las distintas probabilidades [283]. Y si el hecho alegado por el litigante es tan probable que sea cierto como que sea falso, aplicando la institución de la carga de la prueba al estilo anglosajón se considera que el litigante que estaba lastrado con dicha carga no ha probado los hechos, por lo que su pretensión será rechazada [284].

Sin embargo, en un proceso penal la exigencia del estándar de prueba es, al menos en teoría, mucho más alta, puesto que se exige que la culpabilidad del reo esté demostrada «más allá de toda duda razonable», lo que es una expresión que trata de decirle al jurado que la probabilidad de que el acusado sea responsable de los hechos debe valorarla como muy alta para declararle culpable, asumiendo que no sea posible llegar prácticamente nunca a la completa certeza [285]. Pero, al tiempo, sin exigir esa completa certeza que lo único que provocaría sería un aumento irracional del número de absoluciones [286]. Es la forma anglosajona de concebir el principio de presunción de inocencia, y en ocasiones hasta de rivalizar con él [287].

Como se ve, las definiciones adolecen de una gran imprecisión, especialmente las del *beyond any reasonable doubt*. Por eso, como no podía ser de otra forma, el grado de certeza realmente exigido en cada caso concreto hace

---

[280] *Vid.* J. PARRA QUIJANO, *Manual de Derecho probatorio*, cit., pp. 851 y ss.

[281] *Vid.* J. Q. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London, 2005. *Vid.* también C. B. MUELLER y L. C. KIRKPATRICK, *Evidence*, New York, 2003, p. 130, así como la bibliografía allí citada.

[282] STS (Sala 2.ª) 24-4-2009, núm. rec. 1585/2008, FD 3.2: «Como regla del juicio, el principio de presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable».

[283] P. MURPHY, *Murphy on evidence*, New York, 2005, p. 102: «*...the tribunal of fact must be able to say, on the whole of the evidence, that the case for the asserting party has been shown to be more probably true than not true*».

[284] *Ibid.*, p. 103.

[285] Asumiendo claramente este carácter orientador para el jurado de la frase, aunque añadiendo el fin de evitación de venganzas y el religioso de salvación de las almas de los jurados, *vid.* WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, cit., pp. 10 y ss y 160 y ss.

[286] P. MURPHY, *Murphy on evidence*, New York, 2005, pp. 97-98. Aunque en el caso Stephens (2002) EWCA Crim 1529, fue exigida esa certeza. El caso es citado por HUXLEY, *Evidence. The fundamentals*, London, 2008, p. 37.

[287] *Vid.* MURPHY, *Murphy on evidence*, cit., p. 99, donde el autor discute la vigencia del estandar anglosajón en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en confrontación con el principio de presunción de inocencia, sí reconocido expresamente en dicho Convenio.

que el criterio generalista caiga en un casuismo impresionante, existiendo gran número de excepciones y concreciones en la jurisprudencia y hasta en las leyes [288]. Dicho casuismo sólo en algunas ocasiones ha conseguido ser mitigado en parte por explicaciones del concepto algo más pacíficas [289], pero que no acaban de ganar la conformidad de todos los juristas [290]. Se llega a recomendar incluso que el uso de esas frases sólo se realice si existe el riesgo cierto de que el jurado no comprenda realmente cuál es su misión [291].

Como se ve, de lo que se ha tratado en el mundo anglosajón es de orientar a los jurados, de manera que puedan ordenar algo mejor su pensamiento antes de tomar la decisión. Pero frases como «más allá de toda duda razonable», pese a la brillantez de su formulación —que hay que reconocerla—, no son demasiado útiles, en realidad, para decidir un caso concreto, básicamente porque casi se le invita al juez a que no concrete su motivación amparándose en una de esas frases, lo que ocurre cuando el jurado no motiva sus decisiones, como sucede en los países anglosajones, por mucho que el juez oriente a los jurados sobre qué hechos en concreto están bien o mal probados atendiendo a las reglas jurídicas en esta materia. O por muy activo que dicho juez se muestre en las sesiones del juicio impidiendo preguntas o práctica de pruebas que pueden contribuir a desorientar a los jurados. Y es todavía peor cuando los jurados sí tienen que motivar la prueba, como sucede en España, porque el veredicto y su motivación son, con frecuencia, víctima de incoherencias propias de personas que no están acostumbradas a juzgar, y que curiosamente son llamadas justamente por eso, porque no están habituadas a los juicios jurisdiccionales... lo que, hay que decirlo de una vez bien alto, constituye, al menos, una enorme paradoja.

Todas estas frases, por tanto, no son más que guías surgidas de la jurisprudencia, a fin de orientar la libre valoración de la prueba. Pero a pesar de su difusión [292] debe destacarse con el máximo respeto que no han aportado mucho al estudio de la valoración de la prueba. Es cierto que han orientado a los jurados para resolver un caso, pero desde luego no han servido para explicar por qué un juez ha resuelto de un modo u otro, que es lo auténticamente importante. Las frases referidas no son más que reelaboraciones de las primeras frases orientadoras surgidas en la doctrina y que solamente intentaban evitar la aplicación de las pruebas legales. Pero no se distinguen

---

[288] *Vid.* el breve resumen de J. Doak y C. McGourlay, *Criminal evidence in context*, London-New York, 2009, pp. 58 y ss. También en A. Keane, *The modern law of evidence*, London, 2000, pp. 92 y ss. A. L.-T. Choo, *Evidence*, Oxford, 2009, p. 49. Nesson, *Reasonable doubt and permissive inferences: the value of complexity*, Harvard Law Review, vol. 92 (1979), pp. 1187 y ss.

[289] Una de las más conocidas es la elaborada por el Juez Denning J. de la *House of Lords* en el caso Miller c. Minister of Pensions (1947) 2 All ER 372-373: «*It need not reach certainty, but it must carry a high degree of prabability. Proof beyond reasonable doubt does not mean proof beyond the shadow of doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favour which can be dismissed with the sentence «of course it is possible, but not in the least probable», the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice*».

[290] *Vid.* R. Munday, *Evidence*, London, 2001, pp. 55 y ss.

[291] Murphy, *Murphy on evidence*, cit., p. 99.

[292] M. Pisani, «Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"», *Rivista italiana di Diritto Penale*, 2001, pp. 1243 y ss.

del *buon senso* o de la *intime conviction*. Y desde luego no han aportado nada más que ellas.

d) *La apreciación según la conciencia judicial o conforme a las reglas de la sana crítica*

Hay que reconocer que la Doctrina y legislación españolas no han aportado mucho en toda esta materia. El art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 [293] disponía que los Jueces valorarían las declaraciones testificales «según las reglas de la sana crítica» [294], expresión que fue repetida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 [295], y hasta por la del año 2000 con bastante frecuencia [296]. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 introdujo en su art. 741 la valoración de la prueba a cargo del juez «según su conciencia». Expresión que también utilizó el art. 84 de la efímera Ley del jurado de 20 de abril de 1888 [297], que copiaba lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal [298].

Todas estas referencias son del siglo XIX. Con anterioridad no parece haberse hecho mención de algo parecido, pese a que ya vimos que en las Partidas [299] se le decía al juez, al valorar la prueba testifical, que «debe catar el Judgador, e creer los dichos de aquellos testigos, que entendiere que dizen la verdad, o que se acercan mas a ella». Y con respecto a la confesión se le decía que no creyese el juez la declaración que fuese «*contra natura*» [300], toda una referencia medieval a las máximas de la experiencia. Pero todo ello, al

---

[293] Con el precedente del art. 82 del Real Decreto de 20 de junio de 1852 (*Gaceta de Madrid*, 24-6-1852, núm. 6576, p. 4) sobre jurisdicción de hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación, que decía lo siguiente: «El juicio sobre la certeza de los hechos ha de formarse en esta clase de procesos por las reglas ordinarias de la crítica racional, aplicada a los indicios, datos y comprobantes de toda especie que aparezcan en la causa. [...]», así como el Real Decreto de 8 de junio de 1850 (*Gaceta de Madrid*, 10-6-1850, núm. 5793, p. 1) para la aplicación del Código penal de 1848, cuyo art. 1 reformaba la Regla 2.ª para la aplicación de dicho código, y que tenía el siguiente tenor: «En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor adquirieren los Tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, según las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la Ley 12, título 14 de la Partida 3.ª, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en este Código. [...]». No obstante, el precedente más antiguo parece estar en el Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración de 30-12-1846 (*Gaceta de Madrid*, 21-01-1847, núm. 4512, p. 1), en cuyo artículo 148 podía leerse: «Las demás personas serán examinadas como testigos, sin perjuicio de que las partes puedan proponer acerca de ellas, y el Consejo calificar según las reglas de sana crítica, las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones». En la Doctrina, CARMIGNANI, *Teoria*, cit., p. 76, había dicho en 1832 las siguientes palabras: «*Se le regole della buona critica ravvisano la certezza morale non come verità assoluta delle cose ma come inclinazione dell'animo umano il quale assente, o dissente*...».

[294] **Art. 317.** Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

[295] Arts. 609, 632 (dictámenes periciales) y 659 (prueba testifical).

[296] Arts. 295, 316, 326, 334, 348, 350, 376, 382, 384 y 639.

[297] **Art. 84.** La votación será nominal y en alta voz, contestando cada uno de los jurados según su conciencia, y bajo el juramento prestado a cada una de las preguntas: «Sí o No».

[298] Como reconoció F. de A. PACHECO, *La ley del jurado*, Madrid 1888, p. 743.

[299] Partida III, Título XVI, Ley 40.

[300] Partida III, Título XIII, Ley 6.

igual que en otros países, había sido completamente olvidado en la práctica en beneficio de una auténtica mala praxis judicial en materia probatoria [301]. De modo que la referencia del art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se percibió en su día como una novedad [302], copiada a buen seguro de la doctrina francesa [303].

De Vicente y Caravantes valoró la referencia legal a la sana crítica como una obligación del juez de apreciar, además de otras máximas de experiencia sociológicas, «las facultades psicológicas del testigo» [304]. Pero la Doctrina se resistía a declarar derogados los criterios de las Partidas, que habían sido considerados como de prueba legal. Todos los autores citados reproducen el régimen de dichas leyes medievales, aunque en general —pese a que no siempre— recuperan el sentido admonitivo que esas reglas nunca debieron dejar de tener. Aunque ello, pocos años más tarde, fue olvidado casi por completo.

Quizás sea esa la única aportación de la Doctrina de esa época, la única que verdaderamente se enfrentó con este problema de la valoración de la credibilidad de los testigos. Que insistieron en la vigencia limitada de las reglas contenidas en las Partidas. Aunque ello no se produjera por facilitar la valoración de la prueba, sino por un evidente conservadurismo que se resistía a abandonar el pasado, lo cierto es que toda esa doctrina constituye un testimonio de que las máximas de experiencia necesitan orientaciones para el juez, que no deben darse por sabidas porque muchas veces no son conocidas. Hoy en día, por ejemplo y como veremos más adelante, la valoración de la credibilidad de los testigos ha avanzado mucho desde el punto de vista de la ciencia psicológica. Y pese a ello, la mayoría de lo que dice dicha ciencia no es en general conocido por los jueces puesto que, salvo excepciones, no han sido formados en esta materia específicamente.

Por lo demás, aquello que se deduce de la «sana crítica» no difiere en absoluto de lo que pretende la *intime conviction* o la *freie Beweiswürdigung*. Pudiendo concluir, llegados a este punto, que las iniciales enseñanzas de Beccaria y la liberación en la valoración de la prueba inspirada con gran

---

301 Ello se demuestra leyendo a P. Gómez de la Serna y J. M. Montalbán, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, Madrid 1861, t. I, p. 434: «Nuestras leyes, generalmente hablando, han procurado mas bien contar el número de los testigos para dar fuerza a sus declaraciones, que apreciar debidamente todas las circunstancias que pueden robustecer o debilitar los grados de creencia. Por eso se ha proclamado el principio de que dos testigos contestes, mayores de toda escepcion, hacen plena prueba, sometiéndose de esta suerte la conciencia del juez al número de las personas que se presentan a declarar. En esta parte nuestro derecho no había imitado lo establecido en los buenos tiempos de la jurisprudencia romana, que deja al arbitrio prudencial del magistrado el estimar los medios que han de formar su conviccion. La Ley de Enjuiciamiento ha restablecido los buenos principios determinando que los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Asi es que por ella ha quedado profundamente modificada la doctrina que sobre este punto habian establecido las Partidas».

302 Así, M. Ortiz de Zúñiga, *Práctica general forense*, Madrid 1856, t. II, p. 271.

303 Parece probable que el legislador se inspirara en la doctrina francesa, como reconoce indirectamente J. de Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1856, t. II, p. 246.

304 *Ibid.*, *Tratado histórico, crítico filosófico*, cit., pp. 254-255, donde hace toda una exposición, avanzada a su época, de los criterios para valorar la credibilidad de un testigo.

difusión por Blackstone y Bentham, finalmente tuvieron bastante éxito en toda Europa, porque básicamente debió existir una voluntad común en los juristas de aquel tiempo: la utilización de la racionalidad inspirada muy probablemente por las obras de la Ilustración, y el abandono de una valoración de la prueba que sólo tenía en cuenta, no la realidad de los hechos, sino la autoridad de leyes y autores antiguos, siendo víctimas, con ello, de la peor interpretación —aunque también la más simple— que pudo hacerse del método escolástico.

e) *Los estándares de prueba, los grados o medidas de prueba y los grados de verosimilitud. Breve referencia a la mínima actividad probatoria*

Si al juez se le dice que debe resolver el problema probatorio «según su conciencia», o según su «íntima convicción», en realidad no se le está ayudando a resolver el dilema del juicio. Se le está diciendo, que no es poco históricamente, que renuncie a la aplicación de cualesquiera reglas de valoración legal. Pero una vez conseguido el objetivo de que el juez no aplique las reglas legales de un modo fetichista, la realidad que se le presenta ante sus ojos es muy complicada. Se le dice que juzgue, pero no se le dice qué herramientas debe utilizar. Es como si a un profesor se le dice que puede impartir docencia, pero no se le dice cómo se imparte y ni siquiera se le instruye en la materia que debe impartir. Se le deja solo, a fin de que haga lo que le dicte su libre albedrío, lo que significa que su juicio será muchas veces imperfecto, y dificilmente motivable por estar con frecuencia basado en intuiciones derivadas de una experiencia no siempre bien aprehendida, a falta de otros datos en los que apoyarse. Y ello explica las habituales deficiencias en las motivaciones probatorias de las sentencias.

Hay que reconocer que el tránsito hacia la libre valoración de la prueba supuso una recuperación de la racionalidad, que increiblemente se había perdido a la hora de juzgar. Pero se abrió la puerta a una nueva etapa en que la falta de motivación sobre la prueba ha sido la regla, y si la inseguridad jurídica no ha reinado más, ha sido simplemente por el acierto de muchos de nuestros jueces, aunque ello no hay que achacarlo probablemente a su buena formación como juzgadores —por desgracia muy deficitaria en esta materia—, sino a su sentido común como seres humanos.

La doctrina del xviii y del xix que se ha examinado fue bien consciente de este problema, aunque con motivaciones que ensombrecieron la etiología del problema y, por tanto, su solución. Los juristas anglosajones se fijaron exclusivamente en el jurado, y ante la imposibilidad de instruirle «para la ocasión» en materia probatoria, decidieron crear los llamados «estándares de prueba», que no son sino frases o expresiones elegantes, que, como ya dije, pretenden ser muy esclarecedoras para un lego de cuál es su misión. Así surgió el «más allá de toda duda razonable» para poder condenar en los casos penales. De la misma naturaleza es el estándar probatorio exigido en el mundo anglosajón en los excepcionales casos en que el acusado tiene la car-

ga de probar su defensa [305]; en esos casos se les dice a los jurados que tienen que llegar a un estandar de prueba «no superior al requerido en los procesos civiles» [306]. Y el estándar de prueba en los procesos civiles se describe con la frase «sopesar las probabilidades» [307], de manera que el jurado debe concluir que la versión del vencedor en el proceso, apreciando conjuntamente la prueba [308], aparece como más probablemente verdadera que falsa [309]. Pero como digo, todo ello no son sino orientaciones para el jurado, y lo cierto es que, por muchos casos concretos que se consideren matizando los estandares, no se ayuda a valorar la prueba de ese modo.

Por su parte los juristas continentales, al introducir la libre apreciación de la prueba, al contrario de lo que se ha afirmado recurrentemente, no pretendieron ayudar en nada al jurado, puesto que siempre hubo una gran masa de juristas en contra del mismo, de forma que es una institución que pese a que está presente en muchos Estados, nunca ha acabado de imponerse y siempre es objeto de polémica. Pero al margen de esa cuestión y volviendo al tema probatorio, la obsesión de los juristas continentales fue pasar página al sistema de prueba legal impuesto en la práctica. Y las frases que se introdujeron en sus ordenamientos para decirle al juez que valorara libremente la prueba, no tenían otra intención que la abolicionista del sistema legal. Y por ello es difícil, si no imposible, ir más allá en la explicación de todas esas frases, por lo que no queda otro remedio que contentarse con decir que el juez debe aplicar las máximas de experiencia, lo que es obvio porque son las mismas que utiliza cotidianamente para sobrevivir en este mundo.

Pero la Doctrina cada vez fue más consciente de que algo fallaba. Fuera por la aún persistente influencia del antiguo sistema de prueba legal, fuera por las conciencias que removió la distinción entre «verdad formal» y «verdad material» —que sólo tenía esa voluntad abolicionista de la prueba legal—, o fuera porque verdaderamente se percibía una laguna importante en el juicio probatorio de los jueces, los juristas se han ido esforzando cada vez más en ofrecerle al juez unas superiores orientaciones para que pudiera valorar la prueba con criterios científicos, y no meramente intuitivos o simplemente filosóficos.

En Alemania, aunque probablemente sea algo que se arrastre desde las épocas de la prueba legal, se habla aún hoy en día de los grados o medidas de prueba (*Beweismaß*) [310]. Y de ese modo se estima que para que el juez se

---

[305] Existen disposiciones legales en este sentido, pero los dos casos más típicos en que esto ocurre son cuando el acusado alega enajenación mental, o bien cuando manifiesta tener una coartada. *Vid.* sobre este interesante particular MURPHY, *Murphy on evidence*, cit., pp. 77 y ss.

[306] *Ibid.*, cit., p. 100.

[307] «*Balance of probabilities*».

[308] «*On the whole of the evidence*».

[309] MURPHY, *Murphy on evidence*, cit., p. 102. La cuestión de los estándares de prueba tiene muchos más matices, que pueden ser consultados en la obra citada.

[310] Sobre este concepto *vid.* I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, («Prozessrechtliche Abhandlungen», Bd. 101). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1996. D. LEIPOLD, *Wahrheit und Beweis im Zivilprozeß*, FS Nakamura, 1996, pp. 307 y ss. PRÜTTING, «Comentario al § 286 ZPO», en AAVV, *Münchener Kommentar ZPO*, München, 2000, pp. 1784 y ss.

considere convencido según su conciencia, debe alcanzarse una «verosimilitud objetiva», y no una «credibilidad aproximada» [311], lo cual equivale a una (muy) alta probabilidad [312]. Se habla también en este sentido de la «certeza personal» del juez [313]. Dicha medida de prueba puede ser rebajada en casos de difícil prueba, como en los supuestos en los que es exigible solamente un principio de prueba, o en los casos en los que se operan «aligeramientos de la prueba» en la llamada «prueba de la apariencia», que se produce cuando en una situación existe una deficiencia probatoria pero, al mismo tiempo, existe una percepción alta de que pese a esa deficiencia, el litigante está diciendo la verdad [314]. En estos supuestos se exige, por la ley o por la jurisprudencia, solamente una «verosimilitud predominante» [315], lo que abre la puerta a una mayor subjetividad.

Pero de todos modos, como reconoce la doctrina, esa subjetividad no se abandona nunca, porque no se deja de confiar en el buen criterio del juez en la formación de su convicción [316]. De hecho, el subjetivismo es la base del sistema, aunque eso sea lo mismo que no decir nada. En realidad, las frases construidas por la doctrina alemana en nada se diferencian de los estándares de prueba anglosajones. No orientan a jurados, sino a jueces, pero su finalidad es exactamente la misma.

Otros juristas han intentado distinguir entre niveles de probabilidad [317], y ello no es una orientación moderna, sino de hecho bastante antigua ya. En 1880 von Canstein llegó, por ejemplo, a diferenciar entre niveles de realidad, distinguiendo entre la certeza, la convicción, la creencia y la presunción [318], describiendo las exigencias de unas u otras según los casos. Y, de hecho, los intentos de dividir en categorías la verosimilitud provienen de las épocas de la prueba legal, como ya vimos antes, en que la prueba realmente se pesaba o medía, y se distinguía entre prueba plena y semiplena, llegando a afirmarse, por ejemplo, que dos pruebas semiplenas equivalían a una plena, salvo en los procesos penales [319].

A. Evers, *Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung*, Freiburg, 1979. Meurer, *Beweiswürdigung, Überzeugung und Wahrscheinlichkeit*, FS Tröndle, 1989, pp. 533 y ss. H. Weber, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Tübingen, 1997, pp. 28 y ss.

311 Cfr. Rosenberg, Schwab y Gottwald, Zivilprozeßrecht, cit., p. 768.

312 «*Eine (sehr) hohe Wahrscheinlichkeit*». Rosenberg, Schwab y Gottwald, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 768.

313 «*Persönliche Gewißheit*». *Vid.* Bender y Nack, *Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre*, cit., p. 121.

314 «*Anscheinsbeweis*», «*Beweis des ersten Anscheins*» o «*Prima-facie Beweis*» son las expresiones que utiliza la doctrina en estos supuestos. Un ejemplo de ello son los casos de contagio de SIDA a través de transfusiones. *Vid.* O. Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München, 2007, 166. Rosenberg, Schwab y Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 769.

315 *Überwigende Wahrscheinlichkeit.*

316 Rosenberg, Schwab y Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 769.

317 Por ejemplo, Sentís Melendo, *Valoración de la prueba*, cit., pp. 293 y ss, que distinguió entre sospecha, conjetura, verosimilitud, probabilidad, *fumus boni iuris*, principio de prueba, indicio, prueba semiplena y prueba plena.

318 Von Canstein, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, cit., p. 322.

319 *Vid.* J. Jaumar y Carrera, *Práctica forense*, Barcelona, 1840, p. 48: «Por regla general el conjunto de dos pruebas semiplenas equivale a una de plena, pero carecen de esta fuerza en las causas criminales y aun en las civiles cuando obsta a las dos semiplenas una de plena».

Pero modernamente se ha recuperado, aunque de forma muy distinta, esa tendencia y se ha querido distinguir entre verosimilitud y probabilidad. TARUFFO [320] ha intentado con gran esfuerzo este acercamiento a la difícil cuestión de la convicción judicial, distinguiendo dos categorías que CALAMANDREI [321] había equiparado: la verosimilitud y la probabilidad [322]. A decir de TARUFFO, un hecho sería probable cuando existan elementos objetivos para probarlo. Y sin embargo, un hecho sería verosímil si las máximas de experiencia —el *id quod plerumque accidit*— nos enseñan que verdaderamente pudo haber ocurrido [323].

La distinción no ha tenido, por el momento, aceptación en la práctica, pero a pesar de ello es útil para pasar a un estadio diferente de la valoración probatoria. Valorar la prueba ya no es solamente buscar «aquello que normalmente sucede», sino que consiste también en buscar elementos para corroborar la conclusión probatoria, cosa que nos desplaza a otro contexto que veremos en el capítulo siguiente.

Pero centrándonos en la cuestión presente, lo cierto es que explicarle a un juez la noción de lo verosímil y de la probable, suponiendo que sean dos conceptos que puedan separarse realmente, tampoco deja de ser una orientación similar a todas las ya vistas anteriormente y que, por tanto, no le dicen exactamente al juez lo que tiene que hacer. Si el hecho tiene que ser probable, efectivamente, debe buscar elementos corroboradores de su conclusión. Pero no se le explica por qué esos elementos habrían de ser corroboradores, sino que esa cuestión se deja... a su *intime conviction*. Y lo mismo cabe decir, y con más razón, de lo verosímil, puesto que la noción de «lo que normalmente sucede» varía de sujeto a sujeto, por lo que aunque se trate de buscar una versión de aceptación general, nuevamente volvemos a dejar al juez solo ante la resultancia de las pruebas sin decirle qué es lo que tiene que hacer.

Uno de los últimos intentos que cabe citar en esta materia es el de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la llamada «mínima actividad probatoria» en el proceso penal. Según esa orientación, el juez de instancia debía haber realizado una «...mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo...» [324], lo que significa que el tribunal no puede prescindir de la prueba, siempre que la misma sea lícita y celebrada con todas las garantías constitucionales en el acto del juicio oral [325].

---

320 M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi FERRER BELTRÁN de «la prova dei fatti giuridici», Milano, 1992, Madrid, 2002, pp. 503 y ss.

321 P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, Opere Giuridiche, V, pp. 615 y ss.

322 CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza*, cit., p. 621, distinguía incluso una tercera, la «posibilidad», que equiparaba con las otras dos: «*...e se la verosimiglianza non si distingue con precisione dalla possibilità e dalla probabilità...*».

323 TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 504.

324 FJ 3.º de la STC 31/81.

325 *Vid.* para más detalle M. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona 1997, pp. 124 y ss.

Con todo ello quería decir el Tribunal Constitucional que el juzgador de instancia tenía que haber realizado toda la actividad probatoria posible en el caso concreto. Y que si de esa actividad probatoria surgía prueba de cargo, podía condenar, sin descartar lógicamente que surgiera prueba de descargo, en cuyo caso habría de absolver. En realidad, más que mínima actividad probatoria, si se consulta la jurisprudencia de los últimos casi treinta años, parece que el Tribunal Constitucional debería haber hablado más bien de la «máxima actividad probatoria», a fin de describir con mayor verosimilitud lo exigido [326]. No se trata de practicar pruebas sin más, sino de practicar los medios de prueba adecuados para conseguir extraer conclusiones lógicas en un caso concreto. No se puede dar una culpabilidad por probada si no se practicaron pruebas de cargo. Pero tampoco, y esto es lo importante, se puede tener por demostrada esa responsabilidad si ni siquiera se intentó la práctica de las pruebas que hubieran podido ser de descargo.

Sucede que, no obstante, esta última orientación de la «mínima actividad probatoria» no es más que un desarrollo del «según su conciencia» del art. 741 LECrim [327], es decir, un nuevo intento de guiar la actuación probatoria en el proceso, aunque desde un punto de vista diferente. Nuevamente, igual que cuando Taruffo hablaba de la probabilidad, se le vuelve a decir al juez que debe basar su convicción en datos objetivos, lo que ya es algo más que remitirle a su racionalidad, pese a que finalmente todo dependa, igualmente, de su convicción, como ya he indicado.

Pero parece obvio que en la Doctrina se ha abierto un nuevo camino, consistente en aquello que se tendría que haber intentado desde un principio, y que de hecho se intentó pero con nefastos resultados: decirle al juez cómo debe probar. Y sin caer en el casuismo del Digesto, de las leyes medievales, de la jurisprudencia alemana de la prueba de la apariencia y de la inversión de la carga de la prueba, o de la jurisprudencia española sobre la mínima actividad probatoria, que también recae en una casuística infinita y, sobre todo, lo peor, imprevisible para muchos casos futuros. Es necesario, por tanto, ver cuáles son las diferentes soluciones que la ciencia jurídica ha ensayado en esta temática. A ello se dedicará el siguiente capítulo.

---

[326] Como razona el principal libro de referencia en esta materia, Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 131, raro es el proceso en que no haya habido una «mínima» actividad de prueba. *Vid.* también Igartua Salaverría, *Valoración de la prueba*, cit., pp. 39 y 57, que califíca la «mínima actividad probatoria» como una expresión «tenebrosa a tope».

[327] V. Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 2007, pp. 675-676.

III. LOS CINCO ENFOQUES EN EL ESTUDIO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SUS RESULTADOS

A día de hoy, no podemos aceptar que la valoración de la prueba, después de todas las explicaciones fundamentalmente filosóficas que realizan los autores y los tremendos problemas que han dado —quizás más de los que pretendían resolver—, simplemente se acabe traduciendo en que el juez realice esa labor, como se dice desde antiguo en lengua castellana y perdón por la expresión, a ojo de buen cubero. La ciencia ofrece otras soluciones que han sido consideradas por los juristas, y cada una de ellas otorga su aportación en esta búsqueda de una solución para el problema probatorio.

Es fundamental conocer todas esas orientaciones, sin renunciar a una u otra porque todas ellas tienen algo de utilidad, aunque no pueden constituir separadamente un sistema universal de valoración de la prueba. Las mismas, por tanto, abocan a una profunda interdisciplinariedad, que quizás tendría que haber guiado la actividad probatoria desde un principio, y no solamente a través del reconocimiento de la existencia de la prueba pericial. De hecho, dicha prueba es el testimonio palmario de que el juez no es omnisciente ni puede serlo. En una valoración probatoria se examinan hechos humanos, y esos hechos son complejos de por sí, no pudiendo siempre confiar en la experiencia personal de cada juez sobre los mismos, que es en esencia variable, sino que hay que hacer lo posible por estandarizarla y objetivarla, para alejarla en la mayor medida posible de los comunes errores de la falibilidad humana, aunque al tiempo, sin encorsetarla en esquemas prácticamente matemáticos, que son igualmente falibles [1]. Podría pensarse que habría que dar

[1] Lo explica muy bien Aísa Moreu, El razonamiento inductivo, cit., p. 281: «Es cierto que, a veces, se cometen injusticias en los tribunales de justicia, pero éstas se deben a errores humanos o a la parcialidad de los jueces. Sin embargo, no debería admitirse un sistema legal que, en sí mismo, permitiera tales injusticias, como ocurriría si se utilizase un concepto matemático de probabilidad».

con un sistema de igualar el conocimiento de máximas de experiencia del común de los jueces al menos, pero ello es difícilmente realizable. Entiendo imprescindible que la formación del juez cuente con una vasta cultura general, a fin de que pueda afrontar los problemas probatorios con mayores garantías de éxito. Pero no se puede pretender que los jueces sean expertos absolutamente en todo.

Por ello, quizás lo más adecuado sea estudiar las diferentes perspectivas de afrontar el problema probatorio, para averiguar si desde distintos puntos de vista es posible encontrar una solución común. A este cometido se dedica el presente capítulo.

1. EL ENFOQUE ESTRICTAMENTE JURÍDICO

La visión jurídica del problema es la que hemos analizado en el anterior apartado al hilo de la historia. El jurista, a fin de facilitar la labor del juez en la valoración de la prueba, ha ido creando a lo largo del tiempo dos sistemas de valoración de la prueba, el libre y el legal. Normalmente los ha mezclado, creando el sistema mixto, que de hecho es el sistema que más se ha visto reflejado en los diferentes textos normativos.

No se trata de describir ahora ambos sistemas, puesto que de todo lo que antecede han quedado expuestas claramente las características y el porqué de cada sistema. El sistema libre simplemente le dijo al juez que valorara racionalmente lo que le pareciera oportuno. Y el sistema de prueba legal, desconfiando de esa valoración, le puso pautas que al principio se formularon como recomendaciones, y más tarde se convirtieron en instrucciones directas al juez que le hicieron dejar de lado prácticamente por completo su racionalidad, al margen de la mínima dosis necesaria de la misma para conseguir el seguimiento de la pauta.

Debe decirse que, en realidad, al menos en los cuerpos legislativos principales no había tantas normas de prueba legal que fueran irracionales. Todas ellas tenían una razón de ser. Naturalmente, responden muchas de ellas a tópicos y discriminaciones que por fortuna pertenecen a la historia. Pero insisto en que en la base de las mismas existía un criterio racional, acertado o desacertado, pero había una reflexión al menos. Cuando las leyes decían que el juez escuchara a más de un testigo, lo hacían porque es menos probable corromper a dos testigos que a uno solo. Y en la época también es posible que se pensara que existiendo una pluralidad de testigos, era más fácil que apareciera una persona creyente que no quebrantara su juramento. A su vez, cuando se le dio valor legal a la confesión se partió de la base de que nadie desea perjudicarse con su propia declaración, por lo que si el litigante alega algo en su perjuicio es porque debe ser cierto. Por otra parte, en el momento en que se estableció el valor tasado de la prueba documental, muy pocas personas sabían leer y escribir, por lo que podía confiarse, en general, en la buena fe de los escribanos, así como en las enormes dificultades de modificar el escrito por parte de un iletrado. Y todo ello quizás fue totalmente cierto un

día, aquel en que se introdujo por primera vez aquella prueba de valoración legal. Pero el tiempo demostró con crudeza hasta qué punto podían llegar a corromperse algunos escribanos [2].

Sin embargo, todo ello eran reglas racionales en su momento. Quiero decir que se trataba de preceptos que tenían buenas intenciones, y trataban de que el juez no se equivocara. Cuando se llegó a la conclusión de que esas directrices llevaban al juez al error, renació de sus cenizas el sistema de valoración libre. Pero todo ello no sirve de mucho. Si el sistema de prueba legal ayuda al juez a juzgar, aunque sea mal, el sistema de valoración libre no le ayuda en absoluto, quedando todo en manos de que el juez sea honesto, imparcial y tenga un buen criterio personal.

El lector puede estar pensando que, en realidad, no cabe ir más allá. Y habría que rectificar diciendo que si la visión jurídica se limita a lo expuesto, desde luego que no es posible ir más allá. Podrán crearse más instrucciones jurisprudenciales de la valoración de la prueba derivadas de lo que se ha estimado justo en algunos casos concretos, y hasta quizás podrán realizarse normas de prueba legal con dichas instrucciones, como ya ocurrió históricamente. Pero no es posible orientar más el pensamiento judicial desde esta perspectiva que, por cierto, no es jurídica en realidad, sino que trata de explotar al máximo los frutos de la experiencia vital cotidiana.

El problema central de la valoración probatoria es el pensamiento del juez y las circunstancias que lo influyen, como ya lo han percibido muchos juristas, que han dedicado sus estudios sobre la prueba a explorar los mecanismos de dicho pensamiento. Cuando se comenta un razonamiento probatorio siempre se aborda desde dos puntos de vista. Se trata de ver qué pasos debió seguir el juez para completar su razonamiento, y en caso de que no nos convenza tratamos de adivinar qué circunstancias pueden haber influido en su juicio. Y en esta segunda materia entramos ya, con frecuencia, en consideraciones psicológicas y sociológicas, que son muchas veces las mismas que el legislador tuvo en cuenta antaño para crear normas de prueba legal como las inhabilidades o incapacidades de los testigos, por ejemplo, y que por tanto, pese a la insuficiencia que resultaría de basar en esas ciencias solamente el razonamiento probatorio, no se pueden desdeñar a la hora de explicar el comportamiento del juez en la valoración probatoria [3].

Por tanto, cuando se habla de «enfoque estrictamente jurídico» en la valoración de la prueba, es difícil saber a qué se refieren los autores si no es a describir una y otra vez el sistema de valoración libre y el legal, explicando las normas existentes que disciplinan el procedimiento y la admisibilidad de pruebas y añadiendo que no se prueban hechos, sino afirmaciones sobre los

---

[2] Hay múltiples ejemplos, pero *vid. Nov. Rec.* Lib. V, tít. XXIV, Ley XV: «Porque nos ha sido hecha relacion, que los Escribanos de Cámara y de provincia, quando cobran sus derechos, no piden cosa cierta, sino dicen que les dexen dineros, lo qual causa que las partes les den mas de lo que les pertenece...».

[3] Reconoce CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas*, cit., p. 3, la «gran cantidad de elementos metajurídicos» que rodean la temática de la valoración.

hechos [4]. Suele ser una de las partes más breves de todos los trabajos sobre Derecho probatorio, precisamente porque el enfoque «estrictamente jurídico» en esta materia se agota muy pronto, una vez que ya se han expuesto los sistemas aludidos y se ha hecho la cita de jurisprudencia al efecto. Si la jurisprudencia es numerosa, se podrían escribir hasta extensos, y honestamente digo que valiosos, trabajos agrupando dicha jurisprudencia, que desde luego son de bastante utilidad para guiar al juez en diversos casos concretos similares a los considerados en dichas obras. Pero ahí detienen su valor, en la casuística y la visión de conjunto que otorga dicha casuística. Exactamente igual que sucedió antiguamente con los tratados de indicios. Se puede estar más o menos de acuerdo con la jurisprudencia o con la resolución de este u otro caso. En realidad se confronta la racionalidad del autor con la del juez, y se analiza si la conclusión judicial tiene lagunas o, en principio, parece homologable, si no se encuentran otras alternativas de valoración que parezcan más razonables.

Por lo demás, en esas mismas obras se puede analizar la ilicitud de una u otra prueba, o bien si era posible en aquel caso concreto haber desempeñado una actividad probatoria diferente. Y todo ello insisto en que es útil, pero es extraordinariamente fragmentario, y no creo que los juristas debamos conformarnos con un resultado final como éste, pese a que sea el único que hemos tenido como guía hasta el momento y debe reconocerse que ha orientado muy acertadamente la labor judicial en multitud de ocasiones, a falta de otra guía mejor.

Al final, lo que hacen estas obras es completar la formación en máximas de la experiencia que tenga el juez. Y le dicen que no crea a un único testigo [5], salvo que sea la víctima y el delito sea clandestino [6], o que no crea a un testigo de referencia si puede acudir al testimonio directo [7], o que escuche con gran prudencia el testimonio de un coimputado [8], o que no crea sin más la declaración de un policía [9], o al revés, que la crea porque no hay razón para desconfiar de su testimonio [10]. O bien que escuche con gran prudencia el testimonio de un menor [11], o el de los amigos o enemigos de las partes o el de personas que hayan estado a su servicio [12]. O que no se fíe de los peritos que no merezcan crédito entre sus compañeros [13].

[4] Es lo que hizo, por ejemplo, CARNELUTTI, *La prova civile,* cit., pp. 44-48.

[5] Lo que, por cierto, está desacreditado por la Psicología del testimonio, que ha puesto muy seriamente en cuestión la antigua máxima de que para acreditar un hecho hacen falta dos o más testigos concordes. *Vid.* MANZANERO, *Psicología del testimonio,* cit., p. 183.

[6] STS (Sala 2.ª) de 29-1-2009 (núm. rec. 1592/2007), FD 4.

[7] STS (Sala 2.ª) de 3-4-2009 (núm. rec. 1479/2008), FD 1.3.

[8] STS (Sala .2ª) de 30-3-2009 (núm. rec. 696/2008), FD 1.

[9] **Art. 717 LECrim.** Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional.

[10] STS 4-12-2006 (núm. rec. 10248/2006), FD 2.

[11] Art. 361 LEC. «(...) Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente».

[12] Arts. 377, 379.3 y 376 LEC.

[13] **Art. 343.** «(...) los peritos no recusables podrán ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las siguientes circunstancias: (...) 5. Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional».

Pero todo ello, insisto, no son más que consideraciones sociológicas y psicológicas que hasta se reflejan, como vemos, en las leyes [14] y que, por ello, pasan a ser «jurídicas», siendo estudiadas de modo casuístico. Y este enfoque no da más de sí que ese puzzle de casos concretos, y nunca irá más allá en realidad si no hay un cambio en la orientación.

Por ello es necesario estudiar con cierta profundidad lo que se halla detrás de los razonamientos del legislador y del juez a la hora de intentar resolver los problemas probatorios. Ésa será la misión de los próximos epígrafes.

2. EL ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO O GNOSEOLÓGICO

Una de las ciencias que ayudan a ese cambio es precisamente la filosofía. Sus pensadores se han propuesto en muchas ocasiones el entendimiento de los esquemas internos del pensamiento, tratando de ordenar y sistematizar las fases que conducen a una determinada conclusión. Y ello sí que ha dado frutos útiles, en ocasiones, para entender los razonamientos probatorios, de tal manera que incluso uno de esos esquemas de razonamiento ha servido para describir la llamada históricamente «prueba de indicios», a través de lo que conocemos con el nombre de «presunción» [15].

Pero lo que han dado de sí estos trabajos es mucho más complejo. En estas obras se ha acudido a las entrañas del razonamiento, intentando describirlas con el noble propósito de ayudar al juez a sistematizar su labor, que no es poco. Finalmente, se trata de que el juez adapte sus razonamientos a algunos de estos esquemas para ordenarlos debidamente, lo que en principio debería permitirle motivar mejor y, en consecuencia, alcanzar mejores resultados en la valoración probatoria. Veamos si, tras todo lo que ha dado de sí este estudio, ha sido realmente así.

A) El sistema silogístico y sus reelaboraciones

El silogismo quizás fue el primer intento conocido de explicar la estructura del pensamiento. Su concepción se la debemos, como es más que sabido, a ARISTÓTELES, que la expuso en los «analíticos primeros» de su 'Οργανον [16]. De ahí surgió el razonamiento deductivo e inductivo, que creo que no merece explicación en esta obra por ser sobradamente conocido. Su estructura ha basado no pocas veces la explicación de la lógica del juicio jurisdiccional [17], resultando que este último sería la conclusión de combinar la premisa mayor

[14] E incluso, cuando no se reflejan en dichas leyes sino en la jurisprudencia, con frecuencia son reminiscencias de antiguas pruebas legales, como observaba F. GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas,* trad. de Luis Alcalá-Zamora Castillo de «L'appreciation des preuves en justice», Buenos Aires, 2007, p. 31, con respecto al Derecho inglés.

[15] *Vid.*, por todos, M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Barcelona, 1963.

[16] ARISTÓTELES, *Tratados de la lógica (Órganon),* II, Gredos, Madrid, 2008, pp. 93 y ss.

[17] J. WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho,* San Sebastián, 1989, p. 48.

(el Derecho) con la premisa menor (los hechos) [18]. Y también ha permitido la explicación del razonamiento presuntivo, tributario asimismo de la lógica formal, y que expone una simple deducción, aunque muchas veces se trate en realidad de una inducción, sobre todo en materia probatoria [19]. Dados tal y/o tales indicios como premisa menor, y las máximas de la experiencia como premisa mayor, el resultado es el hecho presunto. Es decir, la presunción, sea legal o judicial, en el fondo no es más que un silogismo que en nada se separa de la antigua lógica aristotélica.

Pero esa clase de razonamiento, aunque nos permite ordenar el pensamiento intentando reconstruir su estructura, deja atrás muchos datos incurriendo, pese a sus méritos, en tremendas imprecisiones. Por ejemplo, el silogismo no explica del todo cómo habría de realizarse la recogida de los elementos que componen la premisa menor. Pero no en el sentido inferencial de elección de los términos de las premisas, sino en el sentido material de, realmente, qué elementos van a ser relevantes para realizar un juicio inferencial que nos lleve a una conclusión. Pongamos por ejemplo los indicios de la comisión de un asesinato. En la escena del crimen recogemos el cadáver y las huellas biológicas. En la escena del crimen hay un cuadro colgado de una pared. De ese cuadro únicamente se comprueba si tiene huellas dactilares adheridas al mismo. Pues bien, una vez tomadas las huellas, el cuadro se deja en la escena del crimen porque se da por supuesto que no aportará ningún elemento de convicción útil para formar el conjunto de indicios. ¿Por qué? El razonamiento silogístico no nos lo explica, puesto que la razón es que en la recogida de indicios se tienen en cuenta las «máximas de experiencia» [20], es decir, elementos de la premisa mayor que, sólo teóricamente, no debieran afectar a la elección de dichos indicios. Pero que, desde luego, afectan a esa selección.

Por otro lado, el silogismo tampoco nos explica la formulación de la premisa mayor. En realidad, la misma se hace depender de la experiencia, pero no se detalla cómo se construye esa máxima de la experiencia [21]. Con ello, parece evidente que salvo que se mejore en esos dos terrenos de la formación de la premisa mayor y de la premisa menor, la formulación de la conclusión del silogismo puede conducir a resultados absolutamente erróneos.

En realidad, no han existido tantos intentos de solventar dichos defectos, sino que la doctrina se ha centrado, sobre todo, en perfeccionar la estructura del silogismo desde un punto de vista teórico aportando claves que, ciertamente, pueden ayudar a realizar un mejor razonamiento probatorio, pero que no son definitivas. Se ha propuesto la clasificación de los hechos en diferentes tipologías, o bien, como decía, también se ha intentado perfeccionar el silogismo y, por último, se han tratado de dar algunos consejos para

---

[18] Entre otros muchos que reproducen este silogismo, *vid.* S. SENTÍS MELENDO, «La prueba es libertad», en *La prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio,* Buenos Aires, 1979, p. 21.

[19] IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba,* cit., p. 28.

[20] El «espíritu», que decía GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas,* cit., p. 58.

[21] WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho,* cit., p. 185, acertadamente vio en las máximas de experiencia algo a lo que se recurre cuando «la ciencia actual no es suficiente».

que la actividad probatoria no sufra de algunos defectos básicos. Todo ello es indudablemente útil, pero tras su exposición podrá decidirse si además es auténticamente relevante.

En primer lugar, como decía, algunos autores han tratado de mejorar la concreción de los términos de una de las premisas del antiguo silogismo judicial: Los hechos. Partiendo de la base de que en realidad no estamos hablando de «hechos puros», sino de afirmaciones o enunciados sobre los hechos [22], se han clasificado dichos hechos en diversas categorías. Así se ha distinguido, por ejemplo, entre hechos principales y secundarios [23], según sean constitutivos del supuesto de hecho de la norma aplicable, o simplemente contribuyan a acreditar la veracidad de dicho hecho; pero la distinción se ha revelado muy problemática y en muchos casos realmente imposible [24]. O hechos positivos y negativos [25], en función de que la norma jurídica los identifique directamente, o bien formule sólo la negación de un hecho positivo, lo que, salvo que la misma norma elimine las alternativas, puede abrir demasiado el elenco de qué hechos deben considerarse negativos en cada caso concreto. Se trata de los hechos que suelen configurar las coartadas. Esos hechos negativos sirvieron en el pasado, además, para crear otra clasificación, la que distingue entre hechos impeditivos, extintivos y excluyentes [26]. Otra posible clasificación distingue entre hechos simples y hechos complejos [27], en razón de que el hecho se presente individualizado, o bien obedezca a una concatenación de acontecimientos simultáneos o sucesivos que deben producirse para configurarlo. También se habla de hechos psíquicos [28] cuando nos referimos a los ánimos o estados de ánimo psicológicos de las personas, que son relevantes jurídicamente, tales como la mala fe, el error o el temor. Y en oposición a los anteriores se han aislado los llamados hechos externos [29], que son los hechos con existencia material tangible [30].

Todo lo anterior serviría para afrontar mejor la prueba de un hecho concreto, una vez deducida su clasificación. Aunque lo cierto es que su utilidad acaba siendo fundamentalmente clasificatoria, de ordenación de ideas, pero no asiste directamente a la actividad valorativa de la existencia de uno u otro hecho.

Por ello, la doctrina también ha intentado el perfeccionamiento de los silogismos u otros esquemas de razonamiento que cabe utilizar en la valoración probatoria, o al menos tratar de mejorar dicho razonamiento probatorio excluyendo orientaciones basadas en premisas erróneas.

---

[22] TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 114.

[23] *Ibid.*, pp. 119 y ss.

[24] *Ibid.*, p. 126.

[25] *Ibid.*, pp. 138 y ss.

[26] Que también existe en la doctrina alemana con la terminología «*rechtshindernden, rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen*». *Vid.* D. LEIPOLD, «Comentario al § 286 ZPO», en: STEIN/JONAS, *Kommentar zur ZPO,* Tübingen, 1997, p. 527.

[27] TARUFFO, *La prueba de los hechos,* cit., pp. 143 y ss.

[28] *Ibid.*, pp. 159 y ss. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho,* cit., p. 76.

[29] GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho,* cit., p. 75.

[30] *Vid.* otra clasificación de hechos en J. WRÓBLEWSKI, *The judicial application of law,* Dordrecht, Boston, London, 1992, p. 138.

Ése fue el camino seguido por Lawrence Jonathan COHEN [31], cuya obra se desarrolló bastante —aunque no exclusivamente— en el campo del razonamiento judicial [32]. La clave principal de este autor precisamente fue, como sostiene AÍSA [33], alejarse de las intuiciones apriorísticas de los filósofos anteriores, que no estaban basadas en el método científico, incluso cuando se fundamentaban en el uso teórico de las matemáticas [34]. COHEN, superando los errores que implica basar el razonamiento probatorio simplemente en cálculos estadísticos o matemáticos de probabilidad —a los que me referiré más adelante— buscó acercarse a esquemas de razonamiento experimental a través de la llamada «probabilidad inductiva» [35].

De ese modo, la «probabilidad» es conceptuada por COHEN en el sentido de que el resultado de la misma sea demostrable. Es decir, que se habla de «probabilidad» no como una inferencia intuitiva a través del uso tosco de máximas de experiencia, o bien de cálculos meramente estadísticos que tratan de refrendar —con frecuencia vanamente— esa intuición. Se concluye que es probable solamente aquello que sea demostrable [36]. Esto es, que no se considera probable lo que en un juicio intuitivo o estadístico nos parezca verosímil, sino solamente aquello que pueda demostrarse a través de hechos tangibles. Es posible que nos parezca verosímil que si la camisa de un cadáver tiene manchas de sangre de otra persona, lo lógico es que el asesino sea esa otra persona. Ciertamente, es intuitivamente posible, e incluso estadísticamente podría confirmarse esa conclusión, dado que quizás en un 90 por 100 de los casos en que el cadáver tiene huellas genéticas de otra persona, es esa otra persona la responsable de la muerte. Pero no hay ninguna prueba directa de que sea así.

Por ello, ante la frecuente imposibilidad de obtener una prueba directa, COHEN propone que se obtenga una convicción si se demuestra al menos que no ha podido suceder lo contrario a lo que dice la intuición —formada naturalmente por las máximas de experiencia— o la estadística. Es decir, se trata de comprobar que en el caso concreto no aparecen vestigios de que haya podido suceder lo contrario a lo presumido [37]. De ese modo, deben ser excluidos todos los vestigios que puedan fundamentar hipótesis contradictorias. Si se consigue esa exclusión, será correcta la inferencia obtenida a través de la estadística o de la intuición.

Como observa GASCÓN ABELLÁN [38], el mérito de COHEN parece haber consistido en que consiguió racionalizar el esquema de razonamiento probato-

[31] L. J. COHEN, *The implications of induction,* London, 1970.

[32] *Vid.* L. J. COHEN, *The probable and the provable,* Oxford, 1977.

[33] D. AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial,* Zaragoza 1997, p. 262.

[34] «*If criteria of adequacy are stated in such terms that their satisfaction or non-satisfaction in any particular case is capable of a purely mathematical proof, then they themselves are wide open to philosophical dispute*». COHEN, *The implications of induction,* cit., p. 1.

[35] Una magistral y sencilla exposición de la teoría de COHEN puede hallarse en GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos,* cit., pp. 174 y ss., cuyo esquema de explicación seguiré a continuación.

[36] GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos,* cit., p. 175.

[37] *Ibid.,* p. 176.

[38] *Ibid.,* p. 177.

rio de los juristas, sacándolo de las meras hipótesis intuitivas, para dar finalmente con una descripción epistemológica de nuestra manera de razonar en materia de valoración de la prueba. En efecto, del modo apuntado por COHEN se consigue expulsar del razonamiento probatorio indicios o hipótesis poco fundamentadas, dejando solamente aquellas que estén corroboradas por más de una evidencia.

Imaginemos, por ejemplo, un caso de los más complejos en la práctica judicial: la comisión de una agresión sexual clandestina, sin testigos, en la que sólo contamos con el testimonio de la víctima como prueba directa. En este supuesto tenemos un resultado que queremos demostrar o descartar: la comisión de la agresión sexual a cargo de X. Y tenemos los siguientes indicios:

1. Declaración de la víctima sobre la existencia de la agresión sexual a manos de X.
2. Reconocimiento en rueda, sin dudas, de X.
3. X y la víctima no se conocían previamente, habiéndole reconocido ésta por un archivo policial de fotos en el que salía X con antecedentes por robo.
4. Declaración de un amigo de X de que estuvo con él a la hora de la violación.
5. Falta de cualquier vestigio de la agresión en el cuerpo de la víctima.

El primer indicio es un dato que permite deducir la responsabilidad de X. Y el segundo también. En principio no admiten, por sí mismos, hipótesis contrarias, por lo que deben ser tenidos en cuenta. Pero desde luego no son datos irrefutables, puesto que es posible pensar en hipótesis contrarias a través del indicio 5, aunque no así a través del 4, puesto que la amistad del testigo excluye su objetividad, permite una hipótesis contraria y por tanto se trata de un vestigio que debe ser expulsado de la valoración probatoria. Por otra parte, el hecho de que X tenga antecedentes no puede ser tomado en consideración por ser contrario a la presunción de inocencia, con más razón en este caso en que nada tienen que ver los antecedentes con el delito imputado.

En resumen, aplicando el método de COHEN, X sería absuelto, porque falta algún indicio de la responsabilidad de X que no sea simplemente la declaración de la víctima y, además, no se ha conseguido descartar una hipótesis contraria bastante simple: que la víctima se haya equivocado de persona. Diferente hubiera sido el caso si alguno de esos indicios no derivara de las declaraciones de la víctima, porque en ese caso, coincidiendo más de un indicio, hubiera sido posible fundamentar una condena.

Pero debe añadirse inmediatamente que, no obstante, ese resultado podría ser tremendamente injusto, porque la declaración de la víctima podría ser perfectamente veraz. Lo cual equivale a mantener que si bien el método de COHEN es adecuado en cuanto a que nos aparta de la creencia ciega en la estadística y pone en tela de juicio la intuición, no nos sirve, finalmente, para determinar sin demasiadas dudas una hipótesis.

Conscientes de ello, otros autores han intentado alternativas perfeccionando lo anterior. Aunque son numerosas, me limitaré a la exposición de tres de las más recientes, y que honestamente creo más útiles: la de GASCÓN ABELLÁN [39], la de FERRER BELTRÁN [40] y la de TARUFFO [41].

La primera autora, siguiendo los pasos de COHEN, renuncia a configurar un auténtico «esquema de valoración de la prueba», que conceptúa como simplista. Y con esa premisa establece la posibilidad de la existencia de un hecho solamente a través del grado de confirmación de una hipótesis, es decir, en función de que los indicios y las conclusiones a las que conducen estén suficientemente corroborados siguiendo el método de refutación de COHEN [42].

De ese modo concluye que «una hipótesis es aceptable si ha sido suficientemente confirmada mediante las pruebas disponibles y no refutada por ellas» [43]. Por tanto, se renuncia de entrada a la infalibilidad, pero se acude a la verosimilitud en virtud del grado de confirmación que se mide a través de: 1) las máximas de experiencia (fundamento cognoscitivo o grado de probabilidad), 2) la calidad epistemológica de las pruebas confirmatorias, es decir, el juicio sobre si el indicio es sólido, o bien se trata de una simple hipótesis, 3) el número de pasos inferenciales que sigue la cadena de confirmación, es decir, el número de conclusiones intermedias [44] a las que hay que llegar para alcanzar la final y, 4) la cantidad y variedad de las pruebas o confirmaciones, que consiste básicamente en el número y diversificación de las corroboraciones que contenga la hipótesis [45].

Con todo ello elabora GASCÓN ABELLÁN una constelación de elementos a tener en cuenta por el juez en la confirmación de esa hipótesis. Y valorando esos cuatro puntos y aplicando a la vez el método de la refutación, estima que saldrán a la luz una serie de hipótesis no rebatidas, de entre las que habrá que escoger las más sencillas [46] —siguiendo aquí GASCÓN un método similar al de la navaja de OCKHAM [47]—, así como las que tengan mayor coherencia narrativa [48]. Si nada de ello tiene éxito, propone la autora acudir a las normas de carga de la prueba, o al *in dubio pro reo* en el proceso penal.

FERRER BELTRÁN [49], por su parte, a la hora de elaborar un estándar de prueba para la condena en el proceso penal, establece unas bases para dar

[39] *Ibid.,* pp. 178 y ss.

[40] J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.

[41] TARUFFO, *La prueba de los hechos,* cit., pp. 241 y ss. Ello no supone desprecio alguno por aportaciones de otros autores, como la de WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho,* cit., pp. 35 y ss., pero por la fecha de los trabajos y lo que finalmente aportan he decidido escoger a los autores citados.

[42] GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos,* cit., p. 179.

[43] *Ibid.*

[44] Es decir, en terminología más tradicional, si se ha establecido una *praesumptio de praesumptione* o varias.

[45] GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos,* cit., p. 180.

[46] *Ibid.,* p. 185.

[47] En igualdad de condiciones, tiene más probabilidades de ser verdadera la hipótesis más sencilla.

[48] GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos,* cit., p. 186.

[49] FERRER BELTRÁN, *La valoración racional,* cit., p. 147.

por probada una hipótesis que sirven también para la exposición que se está realizando en este epígrafe, y que concreta en dos puntos: 1) La hipótesis formulada debe explicar de manera contrastada tanto los datos disponibles como los que puedan deducirse de dicha hipótesis, siguiendo el método de COHEN. 2) Deben haberse descartado las hipótesis alternativas que, con esos mismos datos, permitan inferir la inocencia del acusado [50].

Pero aparte del esquema anterior, que sin duda ayuda al razonamiento en la valoración probatoria, se fija FERRER en la fase de recogida de indicios para la formulación de las hipótesis, que es justamente la fase a la que nadie parece prestar atención, a pesar de ser probablemente la más relevante. FERRER argumenta que esta fase está al margen de cualquier lógica deductiva o inductiva, ya que es la imaginación, la invención, la creatividad o incluso la experiencia de quien recoge los indicios [51], la que juega un papel en este sentido. Ello no explica por sí mismo esta compleja fase, pero sí pone una importante primera piedra en el estudio de esta materia que abordaré después.

TARUFFO [52], por su parte, no pretende formular en realidad ningún esquema nuevo de razonamiento probatorio, pero sí que establece unas bases muy concretas que finalmente acaban dibujando ese esquema. El autor comienza dando perfecta cuenta de los tipos de prueba que existen, a fin de que el usuario las identifique y prevea por sí mismo dicho esquema correctamente en cada situación concreta. Por ello distingue la prueba directa de la prueba indirecta, siendo la primera la que demuestra por sí misma el hecho, y la segunda la que lo demuestra pero a través de otro hecho distinto, debiendo inferirse del mismo la existencia del hecho que realmente se desea probar. El problema en el primer caso es la credibilidad del medio de prueba. Y en el segundo, además de ese problema, se presenta la dificultad de determinar la regla de inferencia —máxima de experiencia— que nos llevará de un hecho a otro, y que resultará más o menos perfecta según el contexto —físico, estadístico, sociológico— en que se produzca [53]. También se refiere TARUFFO a la conocida en el ámbito anglosajón como «*cascaded evidence*», que es la que se presenta cuando la prueba es el resultado de varias inferencias que llevan una a la otra sucesivamente, y que precisa que el grado de confirmación de todos los hechos de la «cascada» sea aceptable [54].

Una vez descrito lo anterior, llama la atención el autor [55] sobre que con frecuencia aparecen hechos complejos que están compuestos de diferentes aspectos que deben ser probados, o bien que varios de los tipos de pruebas vistos antes se presentan a la vez, dibujando esquemas probatorios complicados que pueden ser convergentes en un mismo resultado, o divergentes, apareciendo entonces el problema principal: la valoración conjunta de la prueba. La forma

---

[50] Siempre que no se trate, aclara FERRER BELTRÁN, *La valoración racional*, cit., p. 147, de hipótesis *ad hoc,* es decir, de relatos fabricados para la ocasión por el acusado, que serán excluidos porque habitualmente no son contrastables.

[51] FERRER BELTRÁN, *La valoración racional*, cit., pp. 129-130.

[52] TARUFFO, *La prueba de los hechos,* cit., pp. 257 y ss.

[53] *Ibid.,* p. 270.

[54] *Ibid.,* p. 276.

[55] *Ibid.,* pp. 277 y ss.

de resolver cada una de esas situaciones podría darse a través del grado de confirmación del resultado de los distintos medios de que dispongamos. Pero el problema constante es que esto no siempre resulta posible, puesto que describir el grado de confirmación de una prueba es bastante dificultoso y hasta imprevisible en realidad. Desde luego, puede intentarse medir numéricamente ese grado de confirmación, pero salvo cuando existan estadísticas, suelen faltar los parámetros en función de los cuales se intenta ese cálculo.

Por ello es preciso seleccionar las hipótesis [56] que surjan de todo lo anterior, y en ese momento es en el que el lector percibe que resulta más necesario disponer de un método. En este sentido TARUFFO advierte, como paso previo, de que debe prescindirse del aspecto psicológico para el análisis racional de la decisión, puesto que pese a ser interesante, se trata de una cuestión que se basa en un estudio distinto del problema racional [57]. Además, también como premisa, advierte de que con la valoración probatoria no se busca la certidumbre absoluta, sino que sólo se persigue una reducción al mínimo de la incertidumbre [58].

A pesar de los inconvenientes antes anunciados del cálculo numérico, propone finalmente TARUFFO que en la valoración de la prueba determine el juez la probabilidad de que un hecho haya acaecido, con el evidente ánimo de racionalizar y, sobre todo, externalizar el grado de confirmación que el juez atribuya a una hipótesis. Y en este sentido establece que si el juzgador puede dar el hecho por probado si en una escala del 0 al 1, le confiere libremente —pero racionalmente— al menos un porcentaje superior al 0,5 de probabilidades de que el hecho haya sucedido [59]. Sumando los resultados de cada medio de prueba que sustente cada hipótesis, podremos llegar a un resultado de cuál es la hipótesis que tiene una «probabilidad prevaleciente», que es finalmente el criterio propuesto por TARUFFO [60].

Y en cuanto al método para llevar a cabo todo lo anterior, ante la existencia de la perspectiva atomista, que considera separadamente cada objeto de prueba, y la holista, que las considera conjuntamente dentro de un contexto [61], se plantea la disyuntiva de cuál elegir. La ventaja de la perspectiva holista es que integra los aspectos psicológicos de la decisión e incluso la versión judicial del *id quod plerumque accidit*. Pero tiene el problema de que no es difícil crear un relato coherente de los hechos que, en realidad, sea falso, como ocurre, por ejemplo, en cualquier novela [62]. Ello inclina al autor a escoger el método atomista [63], aunque sin renunciar a la utilidad del método

---

[56] *Ibid.,* pp. 292 y ss.

[57] *Ibid.,* p. 293. Más adelante trataré sobre la adecuación de esta conclusión.

[58] *Ibid.,* p. 294.

[59] *Ibid.,* p. 297.

[60] *Ibid.,* p. 303.

[61] *Ibid.,* p. 307.

[62] Este defecto del método holista se basa en la tendencia humana a rellenar las lagunas de una historia con nuestro propio conocimiento previo, para hacerla coherente. *Vid.* T. GILOVICH, «Seeing the Past in the Present: The Effect of Associations to Familiar Events on Judgments and Decisions», *Journal of Personality and Social Psychology,* 1981, 40, 5, p. 807.

[63] TARUFFO, *La prueba de los hechos,* cit., p. 314.

holista para integrar, aunque sólo eventualmente, el relato que surja con el método atomista, es decir, con hechos racionalmente probados. Pero siempre evitando que el juez, a través del método holista, intente infundir una coherencia a relatos que, en realidad, no la tienen.

Por último, la doctrina ha intentado también ofrecer algunos consejos para una mejor práctica de la actividad probatoria. Algunos de ellos ya han sido expuestos con anterioridad al trazar los esquemas que mejoran el silogismo inicial. Pero algunos autores han insistido en esa elaboración de reglas admonitivas. GASCÓN ABELLÁN [64] establece lo que denomina «reglas epistemológicas o garantías de verdad», y así formula hasta siete reglas, de las que son destacables la recomendación del uso de cualquier elemento probatorio que pueda ser relevante, sin descartes apriorísticos, así como la proscripción de la prueba de valoración legal. También recomienda el ofrecimiento de la posibilidad de contradicción de hipótesis, factible incluso cuando ya se ha declarado probado un hecho, si surgen nuevas pruebas sobre el mismo que pueden arrojar un resultado contrario.

En resumen, los autores citados se han centrado, dentro de este enfoque epistemológico, en pergeñar un método seguro, no ya para la formulación de hipótesis, que también, sino sobre todo para la selección de las mismas, de manera que pueda valorarse el resultado final observando qué es lo que ha quedado después de todos los descartes fruto de la refutación. Mirando ese resultado, en función del grado de confirmación de las hipótesis subsistentes, se podrá dar por probado un hecho. Y cuando ello no sea posible, corresponderá acudir a las reglas de carga de la prueba.

B) Utilidad del enfoque epistemológico. La optimización de la motivación

Una vez expuesto todo lo anterior, la pregunta que surge inevitablemente es cuál es la utilidad final de todo ello. Vayamos por partes.

Las elaboraciones de los autores citados, que siguen los principios propuestos por COHEN pero que finalmente van mucho más allá, no son un simple ejercicio teórico-filosófico, como a veces se ha pretendido dar a entender para descalificarlas. A pesar de que ciertamente tienen un sesgo teórico —porque si no sería imposible que fueran inteligibles—, el valor práctico de todo lo expuesto en el anterior epígrafe es indudable, aunque quizás no en el conjunto de la actividad probatoria, sino solamente en el momento de su expresión en la sentencia, es decir, en el instante de elaboración de la motivación. Y ello, por sí mismo, tiene la suficiente importancia como para que este enfoque deba ser defendido, mantenido y utilizado en la práctica judicial. Trataré de justificar la anterior opinión, aunque ello suponga avanzar parte de las conclusiones que expondré en la parte final de esta obra.

---

[64] GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos,* cit., p. 115.

La labor de valoración probatoria, como sucede tantas otras veces con otras actividades que tenemos que realizar los juristas, no es una fase aislada de todo el conjunto que conocemos como «prueba». Ya se explicó anteriormente que el juez valora desde que tiene el primerísimo contacto con el medio de prueba, aunque sea simplemente admitiendo su práctica. Siendo ello así, es difícil que el juez desde un primer momento realice una labor de selección de hipótesis como la descrita en el epígrafe anterior, porque esa selección solamente es posible cuando todas las hipótesis están encima de la mesa, pero no antes, porque no se pueden seleccionar racionalmente hipótesis cuyos antecedentes y resultados se desconocen.

Es decir, el problema de la valoración de la prueba no se limita solamente a la observación de sus resultados, sino que se remonta mucho más atrás en el proceso. De ahí que los autores, intuyendo esta conclusión, se hayan esforzado en clasificar los hechos, o bien incluso hayan ofrecido unas útiles «reglas epistemológicas o garantías de verdad» como las de GASCÓN ABELLÁN [65], que, por otra parte, también es posible localizar en el resto de autores citados, aunque no de forma tan clasificada sino más dispersa, supongo que por entender obvio que en materia probatoria, así como en toda la actividad procesal, el respeto al principio de contradicción es esencial. Porque detrás de la explicación de la autora citada de la mayoría de esas reglas, está en todo caso ese principio de contradicción. Es decir, la posibilidad de rebatir, propia de cualquier método dialéctico. Y, en última instancia, la oportunidad de defenderse. Porque si existe, por encima de cualquier otra, una garantía de que en el proceso podemos llegar a acercarnos en la mayor medida posible a la verdad, es el respeto por el derecho a la defensa de las partes. Y ello es fácilmente deducible porque quien se defiende, habla. Y quien habla da su versión. Sopesando las versiones de las partes y los vestigios que aleguen en su fundamento, es mucho más sencillo hacerse una idea de lo que auténticamente ha acaecido en la realidad. Y ello no solamente ocurre en el proceso, sino en cualquier otra realidad humana en la que existen dos partes enfrentadas, o incluso dos hipótesis contrapuestas, como sucede con frecuencia en la ciencia. Sólo desarrollando plenamente ambas, utilizando el método científico, es posible acercarse a la realidad auténtica.

De todo ello se da cuenta FERRER BELTRÁN, como acabamos de ver, cuando se refiere a la fase de recogida de vestigios, y que desplaza de la explicación del esquema racional por sus enormes dificultades, así como por complicar indudablemente la exposición del razonamiento probatorio. No puedo referirme en este epígrafe a dicha fase, pero baste decir ahora que la misma es esencial, porque condiciona todo el juicio jurisdiccional posterior, lo que se hace especialmente patente, o mejor dicho fácilmente inteligible, en el proceso penal. Si la policía judicial realiza incorrectamente su labor, los resultados son nefastos. El juez, en general, acostumbra a fiarse de lo que dice la policía porque le suele faltar formación para rebatir científicamente sus conclusiones. Su única defensa estriba en acudir a una posible ilicitud de la prueba, siempre complicada de demostrar y que, además, con tremenda frecuencia

[65] *Ibid.*

plantea demasiados dilemas morales en la mente judicial. Pero si el juez no analiza esa fase previa de recogida de indicios, creo que no es ninguna exageración decir que la prueba ya le vendrá valorada de antemano, por lo que su función va a reducirse a bendecir las conclusiones policiales.

En este sentido, los autores que han seguido esta vía epistemológica plantean una vía de salida interesante: a través de la comprobación inferencial de las conclusiones policiales sobre los vestigios hallados, se puede llegar a la conclusión de que existe una insuficiencia de prueba. Y ello, en sí mismo, es una victoria para el juez, porque le cabe controlar *a posteriori*, sin moverse de su despacho, la actividad policial en la recogida de vestigios. Pero ello es insuficiente, pero sobre todo es injusto, porque es más que posible que si no cuadra la comprobación de la hipótesis —lo que no quiere decir que sean falsas—, exista una insuficiencia de prueba, lo que va a determinar frecuentes absoluciones que pueden ser muy injustas al alejarse de la realidad de los hechos. Conscientes de ello, las tendencias de los jueces fluctúan. Los más severos con la seguridad tienden a fiarse de las conclusiones policiales. Los más escrupulosos con el respeto a las garantías constitucionales suelen ser más reticentes a ello. En cualquiera de los dos casos, son demasiado altas las posibilidades de que la actividad probatoria se aleje de la realidad de lo acaecido.

Y lo mismo puede suceder en el proceso civil, o en cualquier otro proceso. En estos procesos son las partes las que suelen seleccionar los vestigios. Pues bien, dejando al margen la ilicitud de la prueba como único control previo a esa selección, sólo le queda al juez el juicio sobre la pertinencia del medio de prueba, así como el control del grado de corroboración inferencial de las hipótesis de las partes. Con respecto a la pertinencia, el control suele ser escaso, simplemente porque al juez le es muy difícil valorar en ese momento el posible resultado que tenga el medio de prueba, y es recomendable no ser demasiado restrictivo en este sentido, para no correr el riesgo de que el proceso se quede sin vestigios (positivos o negativos) importantes. Por otra parte, existe la realidad de la acumulación de asuntos que, indudablemente, impide realizar con el debido detenimiento ese juicio sobre la pertinencia. Pero es que aunque tuviera el juzgador todo el tiempo del mundo, normalmente le faltarán datos para valorar dicha pertinencia en el momento inicial del proceso. Datos que, normalmente, sólo va a adquirir, precisamente, durante la práctica de los medios de prueba.

Pero además, como decía, le queda la posibilidad de la corroboración inferencial de las hipótesis probatorias de las partes. No se trata de un trabajo sencillo, se siga el método que se siga, holista o atomista. Pero es una labor necesaria que, sin embargo, cuando llega, puede ser ya demasiado tarde. Cuando el juez va a realizar, principalmente, esta actividad, va a ser en el plazo para dictar sentencia, normalmente ya sin posibilidad alguna de ampliar la práctica de la prueba, o con la posibilidad limitada que, por ejemplo, en el ordenamiento español suponen las diligencias finales de los arts. 434 y ss. de la LEC. Y todo porque el acceso de vestigios al proceso no se ordenó debidamente en su momento.

Quiero decir con ello que el enfoque epistemológico también puede conducir a resultados erróneos, fundamentalmente por los déficits en esa selección. Tampoco suelen estar, además, debidamente acreditadas las máximas de experiencia que utiliza el juez, que suelen depender en enorme medida de su «experiencia» [66], que entrecomillando la palabra es lo mismo que decir de su intuición. Y la intuición es simplemente un atajo de la mente humana para tomar decisiones complejas y arriesgadas, que muchas veces funciona, pero que puede ser errónea porque no suelen explicarse las bases de la intuición.

Y es que toda intuición tiene detrás unos fundamentos inferenciales, muchas veces correctos, aunque a veces erróneos. Pues bien, justamente en el descubrimiento de esos fundamentos inferenciales es donde tiene mayor importancia el enfoque epistemológico, hasta el punto de convertirse en imprescindible. Me explicaré.

El juez tiene que saber por qué cree lo que piensa. Es cierto que no estamos acostumbrados a dar razones de nuestras intuiciones, y a veces hasta está socialmente mal visto buscar dichas razones. Pero ello no puede suceder en una resolución judicial ya que, como afirma Jakob [67], la convicción probatoria debe ser una actividad principalmente producto de la razón, y no únicamente del sentimiento subjetivo. Una resolución judicial tiene que estar motivada. Y es justamente en el momento de la motivación en el que todo lo dicho por los autores dentro de este enfoque cobra pleno sentido, porque el juez se encontrará de frente a un papel en blanco en el que tiene que detallar por qué ha creído una determinada versión. Si se refugia en expresiones genéricas como «valorada conjuntamente la prueba», o simplemente no explica su razonamiento, puede ser que lo haga porque lo considere obvio, o bien porque realmente dicho razonamiento no exista en realidad con unas bases lógicas fiables. Siendo así, sus conclusiones no son homologables y no pueden formar parte de la sentencia. Y ésta es la principal utilidad del enfoque epistemológico: que el juez explique ordenada y detalladamente su razonamiento probatorio y, si no puede, cobre consciencia de que no le queda otro remedio que utilizar las reglas de carga de la prueba ante la ausencia de materiales seguros sobre los que basar su decisión. Es decir, con la motivación no se busca solamente que el juez convenza a los destinatarios de la sentencia, sino que se convenza a sí mismo sobre la razonabilidad de sus conclusiones [68].

Es evidente e innegable, por tanto, la utilidad de la orientación gnoseológica [69]. Y desde luego que hay que luchar, en el presente y en el futuro,

---

[66] J. Rodríguez Espejo, «La dinámica de la libre apreciación de la prueba en la jurisdicción civil», *RDProc.,* 1958, núm. 4, p. 395.

[67] R. Jakob, «Is the judge's role to be reformulated? A socio-psychological approach to Office and Practice», en Redondo, Garrido, Pérez y Barberet, *Advances in Psychology and Law,* Berlin-New York, 1997, p. 241.

[68] Esta importante conclusión ha sido expuesta por D. J. Koehler, «Explanation, Imagination and Confidence in Judgment», *Psychological Bulletin,* 1991, 110, 3, pp. 499 y ss.

[69] Reconocida también por los psicólogos. En 1994 sentenció L. Bonatti, «Why should we abandon the Mental Logic Hypothesis?», *Cognition,* 1994, 50, p. 37: «*Psychologists should keep playing the mental logic game*».

para que los jueces, explicando el razonamiento probatorio, expongan con claridad sus juicios inferenciales, no perdiéndose en extensas y confusas explicaciones que suponen un uso indebido del método holista, sino más bien explicando cómo han confirmado cada una de las hipótesis que han dado por probadas. Con ello, las motivaciones serían finalmente satisfactorias y podrían ser perfectamente controlables por los tribunales superiores, sin que los mismos sean reticentes a ese control dando como excusa el principio de inmediación, que lo único que pretende es dar por bueno ese *totum revolutum* en que suelen convertirse las máximas de la experiencia, encubriendo que una buena parte del razonamiento probatorio está sustentado únicamente en la intuición.

Pero además, el enfoque epistemológico también es utilísimo para el abogado [70]. Es posible que el juez no haya realizado debidamente la motivación de la sentencia, pero nada impide que el abogado reconstruya esos razonamientos inferenciales exponiendo sus carencias y evidenciando que, en función de lo indicado (o no) en la sentencia, así como en razón del material que obró en autos —además del que no ingresó en el proceso porque el juez inadmitió medios de prueba—, las conclusiones del juez no se sustentan y, de hecho, es perfectamente posible alcanzar conclusiones distintas. Si todo ello arroja finalmente una situación de grave insuficiencia de la prueba, el abogado puede recurrir a las reglas de carga de la prueba, observando y exponiendo cuál habría de haber sido el resultado final del proceso.

Nada de ello es despreciable, sino que resulta imprescindible. Lo que ocurre es que los esquemas epistemológicos pueden arrojar resultados indebidos si se desatiende la fase de selección de los vestigios [71], y se descuida también la elección correcta de la «máxima de experiencia», lo que conduce a conclusiones falaces que la lógica formal no es capaz de explicar [72]. Sin ello, cualquier grado de confirmación que obtengamos estará basado simplemente en la intuición, pese a que el esquema de razonamiento que sigamos sea formalmente impecable. Por ello, las conclusiones del enfoque gnoseológico precisan ser completadas para que sus resultados tengan las máximas posibilidades de ser correctos. Es decir, es preciso acudir también a otros enfoques que veremos a continuación.

C) El tránsito hacia los enfoques psicológicos

De ello han sido muy conscientes otros científicos: los psicólogos [73], que han demostrado, como veremos, que esa selección se suele hacer de forma

---

[70] P. R. Bonorino, «Lógica y prueba judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. 16, 1999, p. 22.

[71] La «*scelta delle premesse*», que dijo Nobili, «Nouve polemiche sulle cosidette “massime d'esperienza”», *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1969, p. 193.

[72] Bonatti, *Why should we abandon the Mental Logic Hypothesis?,* cit., p. 25.

[73] Por ejemplo, K. Holyoak y B. Spellman, «Thinking», *Annual Review of Psychology,* 1993, 44, pp. 265 y ss. H. J. Einhorn y. R. M. Hogarth, «Judging probable cause», *Psychological Bulletin,* 1986, 99, pp. 3 y ss.

rápida acudiendo a situaciones similares que le sean familiares al observador [74], en este caso el juez. Y por esa razón han intentado idear otras herramientas que mejoren la mecánica de los silogismos y expliquen finalmente el proceso del pensamiento con bases más seguras [75], intentando con ello reducir cada vez más el espacio que se suele dejar a la intuición.

En este sentido, y antes de pasar a esa explicación, debe advertirse de que nada de lo que voy a exponer en este epígrafe ni en los siguientes descarta en absoluto la utilidad del modelo epistemológico, sino que la completa y la dota de unas bases seguras. Permite, o al menos lo intenta, que las premisas de los esquemas de razonamiento estén bien construidas, o como mínimo que se sepa por qué dichas premisas están ahí y se ha elegido esas, y no otras. Con gran frecuencia no pueden obtenerse seguridades absolutas a través de un medio de prueba, pero sí que es muy útil saber por qué el juez concede un grado de verosimilitud o confirmación más grande a una u otra hipótesis. Y no me estoy refiriendo a su explicación personal, necesariamente subjetiva, sino a la explicación científica de por qué otorga a una hipótesis una credibilidad de 0,3 o de 0,7, por ejemplo, cosa que demasiadas veces queda en su fuero interno.

Eso es justamente lo que se ha intentado con los enfoques psicológicos. Partiendo de lo explicado hasta el momento cabe asumir que la fuerza de las inferencias depende de la relación que exista entre las premisas y las conclusiones. Pero, como dije, lo que no explica la filosofía es la naturaleza de esa relación, lo que esclarecería, por ejemplo, cómo escogen los seres humanos las premisas. Esa naturaleza tampoco la han conseguido explicar los psicólogos, pero al menos han intentado recurrir a modelos diferentes del silogismo para intentar acercarse a esa naturaleza [76].

Es decir, se trata de explicar cómo deciden las personas aquello que es probable. Y en este sentido se cree que las personas acuden a unos pocos principios generales a la hora de tomar decisiones sobre ese punto, como veremos a continuación, o bien recurren a alguna estructura similar al problema que están considerando, para valorar qué solución parece más probable. De todo ello me ocuparé en el siguiente grupo de epígrafes.

No obstante, nótese el cambio de perspectiva. Ya no se valora si el silogismo tiene una, o dos o diversas premisas, sino que se trata de explicar por fin cómo se escogen las máximas de experiencia y cómo se hace la selección de indicios, utilizando terminología probatoria para que quede más claro

---

[74] G. KLEIN, *Sources of power: How people make decisions,* Cambridge, 1998, p. 89. J. DE LA FUENTE, «El problema de recordar un problema para resolver un problema», *Anuario de Psicología,* 1992, 52, pp. 17 y ss. J. DE LA FUENTE, A. BAÍLLO y F. GABUCIO, «Interacciones entre similitudes estructurales y superficiales en el proceso de recuperación de análogos», en CARRETERO, ALMARAZ y BERROCAL (eds.), *Razonamiento y Comprensión,* Madrid, 1995, pp. 219 y ss.

[75] Es esencial, para entender fácilmente este tránsito, la lectura de BONATTI, *Why should we abandon the Mental Logic Hypothesis?,* cit., p. 18: «*In a very short time, among psychologists an almost unanimous consensus has been reached on the death of mental logic and on the fact that reasoning is carried out by constructing mental models*».

[76] *Vid.,* sobre este punto, P. N. JOHNSON-LAIRD, «Mental Models and Probabilistic Thinking», *Cognition,* 1994, 50, pp. 191.

lo dicho anteriormente. Si realmente pudiésemos averiguar las razones de la elección de todo ello y lográsemos sistematizarlas en un esquema controlable racionalmente, estaríamos dando una muy superior seguridad a las conclusiones de las inferencias que no sean descartables tras ese control. Veamos a continuación hasta qué punto se han acercado los autores a esta perspectiva y cuáles han sido sus conclusiones.

3. EL ENFOQUE PSICOLÓGICO

Los autores que han estudiado la prueba, en general, han destacado la enorme importancia del enfoque psicológico en la valoración de la misma. Basta leer a SERRA DOMÍNGUEZ [77] o a MONTERO AROCA [78], o a DEVIS ECHANDÍA [79] o especialmente a GORPHE [80], para darse cuenta de que no es sólo que den noticia de la importancia de la psicología en la valoración de la prueba, sino que hasta dicen exactamente lo mismo que los psicólogos en el sentido de que dicha ciencia se relaciona directamente con las máximas de experiencia. Incluso EGGLESTON [81] asume ese papel relevante de la psicología, aunque no lo conceptúe como racional [82]. Es decir, los juristas han llegado a la conclusión de que las máximas de experiencia dependen del criterio psicológico del juez [83]. Siendo dichas máximas de experiencia las que permiten establecer la relación inferencial entre premisas y conclusiones de la que antes hablaba, parece evidente que psicólogos y procesalistas han llegado exactamente al mismo resultado.

Siendo ello así, sorprende sobremanera que lo que vamos a ver a continuación no haya sido objeto de especial estudio más que ocasionalmente. Los psicólogos, quizás los únicos capacitados para ello, han propuesto diferentes formas de establecer esa relación inferencial, es decir, eso que denominamos genéricamente —y quizás algo anticuadamente— máximas de experiencia [84]. Vamos a ver en qué medida ayudan sus conclusiones para discernir por fin esa razón de ser del razonamiento probatorio, que siempre se ha abandonado a algo tan inseguro como la intuición o la imaginación,

---

[77] SERRA DOMÍNGUEZ, *Contribución al estudio de la prueba,* cit., p. 362: «Efectuar dicho examen no es valorar jurídicamente, sino más bien psicológica y humanamente. Por ello utiliza el juzgador no instrumentos jurídicos, sino genéricos instrumentos humanos: las llamadas máximas de experiencia».

[78] MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil,* cit., p. 48: «Otras veces dispone en la ley que el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno conforme a las reglas de la sana crítica, con lo que la certeza se pone en relación con el convencimiento psicológico del mismo juez, pero en tanto pueda concluir que en las actuaciones existen suficientes elementos para que un hecho pueda darse como probado».

[79] DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial,* cit., pp. 281 y ss.

[80] Aunque más bien en la valoración de la pericia psicológica. *Vid.* GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas,* cit., pp. 65 y ss.

[81] EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability,* cit., p. 34.

[82] Al igual que GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit,* cit., pp. 24-25.

[83] Cfr. C. ONECHA SANTAMARÍA, «Los medios de prueba y la convicción judicial», *RDProc.*, 1980, núm. 1, p. 263. En sentido similar, BONET NAVARRO, *La prueba en el proceso civil,* cit., pp. 237 y 247-248.

[84] Como ya dije anteriormente, desde STEIN, *Das private Wissen des Richters,* cit., pp. 14-15.

intentando dignificarlo solamente a través de la expresión «máximas de experiencia». Máximas que, en realidad, no han sido objeto de un estudio más que dogmático, sobre todo para saber si su infracción es alegable en los recursos, especialmente el de casación [85]. Pero no se ha profundizado, no ya en cómo se establecen esas máximas, sino en por qué usamos unas u otras a la hora de valorar la prueba.

Existen diversos modos de abordar el tema, pero a fin de no despistar al lector con orientaciones que la doctrina psicológica, en general, ha abandonado, vamos a centrarnos en la exposición de las dos que parecen ser más útiles para explicar el razonamiento probatorio: la teoría de los «modelos mentales», y la perspectiva de los «heurísticos».

A) El sistema de los modelos mentales

Este sistema es antiguo, dado que sus orígenes se remontan a 1943 [86], aunque su uso y desarrollo ha llegado hasta nuestros días y está plenamente vigente. Explicándolo con sencillez, se parte de una idea básica: para entender una hipótesis, los seres humanos no suelen construir esquemas racionales similares a los vistos en los epígrafes anteriores [87], ya que es difícil tener presentes hasta 512 clases de silogismos que han sido identificadas [88]. Las mentes humanas forman, más fácilmente, un modelo de la situación sobre la que se está debatiendo, es decir, combinan su percepción [89] y su imaginación y forman una representación del objeto discutido [90].

---

[85] Tras todo el resumen que realicé en J. NIEVA FENOLL, *El hecho y el Derecho en la casación penal,* Barcelona, 2000, pp. 149 y ss., esa es la conclusión, algo triste, que quedaba: que la doctrina únicamente se había ocupado de explorar en la naturaleza de las máximas de experiencia a fin de comprobar la alegabilidad de su infracción a los efectos de los recursos, con la finalidad de discutir el razonamiento probatorio del juez.

[86] K. CRAIK, *The nature of explanation,* Cambridge, 1943, citado por P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models,* cit., p. 191.

[87] *Vid.* J. St. B. T. EVANS y D. E. OVER, «Rationality in Reasoning: The Problem of Deductive Competence», *Cahiers de Psychologie Cognitive,* 1997, 16 (12), pp. 30 y ss. *Vid.* también J. OAKHILL y A. GARNHAM, «On theories of belief bias in syllogistic reasoning», *Cognition,* 46 (1993), pp. 87 y ss. S. E. NEWSTEAD y J. St. B. T. EVANS, «Mental Models as an Explanation of Belief Bias Effects in Syllogistic Reasoning», *Cognition,* 1993, 46, pp. 93 y ss. P. N. JOHNSON-LAIRD y M. J. STEEDMAN, «The Psychology of Syllogisms», *Cognitive Psychology,* 1978, 10, pp. 64 y ss., demostraron, además, que los silogismos están basados en una gran variedad de principios que los humanos utilizan para resolverlos, y que no son fácilmente sistematizables.

[88] *Vid.* P. N. JOHNSON-LAIRD y BYRNE, *Deduction,* London, 1991, p. 106.

[89] Quizás también su lenguaje, como argumenta BONATTI, *Why should we abandon the Mental Logic Hypothesis?,* cit., p. 20. Algo parecido explican D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «Variants of uncertainty», *Cognition,* 11 (1982), pp. 153 y ss., cuando argumentan que la forma de proponer una inferencia varía el grado de probabilidad que un sujeto le atribuye a la misma. R. NISBETT y L. ROSS, *Human Inference. Strategies and Shortcomings of Social Judgement,* Englewood Cliffs, NJ: Prentice may, 1980, pp. 126-127, ofrecen algunos ejemplos de experimentos propios y ajenos sobre el particular. Uno de los más curiosos es el que consiste en la manipulación del sujeto y el objeto de una frase, de manera que un observador no valorará igual las dos siguientes frases: «Luis hace el trabajo»; «El trabajo es hecho por Luis». En general, cualquier observador atribuirá más importancia a la labor de Luis con la primera frase. Puede parecer verdaderamente una solemne estupidez lo que acaba de decirse, pero tiene su tremenda importancia para la elaboración de

(Nota 90 en página siguiente)

Pues bien, esa representación contiene unos datos clave que hacen que la identifiquemos con ese objeto discutido, si también contiene esos datos clave. Esa representación es un «modelo mental» que proviene, normalmente, de la cultura general de cada sujeto, y que nos sirve para reconocer aquello que percibimos. A la hora de identificar un objeto, lo que hacemos es buscar ese modelo mental. Y cuando lo hemos encontrado buscamos también modelos mentales alternativos. Si no los hallamos, determinamos inmediatamente el objeto discutido. De lo contrario, el objeto se queda sin identificar [91].

Aplicando lo anterior al razonamiento probatorio, cuando tenemos unos indicios, los mismos son esos conceptos clave de un modelo mental, es decir, de una determinada versión de los hechos. Si no localizamos otros modelos mentales alternativos con esos mismos datos clave, tenemos la versión por cierta [92].

Esta teoría arroja tres predicciones que son muy útiles para la materia que nos ocupa, y que pueden parecer obviedades en una primera lectura, pero que no lo son en realidad: cuantos más modelos se deduzcan de los diferentes indicios, más difícil será la tarea de selección del modelo correcto. En segundo lugar, las conclusiones erróneas tienden a compaginarse bien con las premisas de las que se deducen, simplemente porque se han dejado de lado inadvertidamente otros modelos mentales alternativos que demostrarían la falsedad de las conclusiones. Y en tercer lugar, que los conocimientos previos de los sujetos pueden interferir peligrosamente en el proceso inferencial hasta hacerlo erróneo, si resulta que la conclusión inicialmente expuesta ya les parece creíble de entrada, dado que, como veremos después, al fin y al cabo siempre nos parece más probable aquello que podemos imaginar o evocar [93]. Al contrario, si en un principio no les parece verosímil —creíble [94]—, buscarán otros modelos alternativos [95], lo que aumentará la posibilidad de acierto de la inferencia [96].

Esta última conclusión es especialmente útil en el ámbito judicial, puesto que es la responsable de la enorme mayoría de errores en la valoración de la

---

preguntas en la prueba de declaración de personas, así como en la elaboración de las conclusiones sobre la prueba.

[90] Esta magistral explicación es de P. N. Johnson-Laird, *Mental Models,* cit., p. 191, a quien seguiré en el resto de la exposición.

[91] *Vid.* P. N. Johnson-Laird, *Mental Models,* cit., pp. 191-192.

[92] Versión que hay que contextualizar para elaborar los distintos modelos mentales posibles en esa situación. *Vid.* P. N. Johnson-Laird, *Mental Models,* cit., pp. 192-194.

[93] Lo explican D. Kahneman y A. Tversky, «The simulation heuristic», en Kahneman, Slovic y Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, 1982, pp. 201 y ss.

[94] *Vid.* J. Oakhill, P. N. Johnson-Laird y A. Garnham, «Believability and syllogistic reasoning», *Cognition,* 31, pp. 135 y ss. S. E. Newstead, P. Pollard, J. St. B. T. Evans y J. L. Allen, «The Source of Belief Bias in Syllogistic Reasoning», *Cognition,* 1992, 45, p. 258.

[95] S. E. Newstead, P. Pollard, J. St. B. T. Evans y J. L. Allen, «The Source of Belief Bias in Syllogistic Reasoning», *Cognition,* 1992, 45, p. 282. Pero deben esforzarse para que ello sea así, porque como demuestran M. J. Rodrigo, M. de Vega y J. Castañeda, «Updating Mental Models in Predictive Reasoning», *European Journal of Cognitive Psychology,* 1992, 4, p. 142, los sujetos suelen intentar integrar todos los datos en un único modelo mental, sin crear esos modelos alternativos. *Vid.* también.

[96] P. N. Johnson-Laird, *Mental Models,* cit., p. 195.

prueba. Sin descartar la influencia de las dos anteriores predicciones, lo que resulta evidentemente más peligroso es que el juez identifique enseguida el modelo mental de que se trate para valorar la credibilidad de una versión, porque si lo localiza inmediatamente sin darse tiempo a buscar opciones alternativas, puede acabar incurriendo en un error. En cambio, si busca esas alternativas la garantía de acierto es muy superior. Con ello, fijémonos que el enfoque de los modelos mentales da una primera razón sólida del porqué del desacierto de tantas y tantas inducciones y deducciones probatorias. Simplemente, el juez no se ha planteado alternativas porque, a primera vista, le ha parecido creíble la primera versión de los hechos que le han ofrecido [97].

Pero este enfoque va mucho más allá. Ya vimos cómo uno de los puntos en los que más fallaba el sistema epistemológico era en la determinación del grado de corroboración de una hipótesis. Pues bien, JOHNSON-LAIRD [98], sin pretenderlo en absoluto porque su trabajo inicial no tuvo enfoque jurídico, anuncia algo que tampoco es extraño para un procesalista. Afirma dicho autor que en los razonamientos inductivos —como normalmente es el probatorio— es preciso realizar dos operaciones: confirmar las premisas y calcular la fuerza de la inferencia. Traducido al lenguaje presuntivo, lo indicado consiste en probar los indicios y determinar la corrección de la máxima de la experiencia. Pues bien, sucede que los seres humanos suelen contentarse con el primer paso, la prueba de los indicios, pero acostumbran a dejar de lado el segundo, la confirmación de la máxima. Y en este punto también centra su análisis el esquema de los modelos mentales.

La fuerza de una inferencia se calcula atendiendo a dos principios: 1. Una conclusión es válida si al menos resulta verdadera en un determinado contexto en el que las premisas son claramente verdaderas. 2. Si cabe imaginar otros contextos en los que las premisas sean válidas pero la conclusión errónea, la inferencia será cada vez más débil. Y si esos contextos alternativos no existen, la inferencia será, evidentemente, muy sólida [99].

Lo anterior, nuevamente, no son dos obviedades, sino una consecuencia del esquema de los modelos mentales que debe destacarse para subrayar su acierto. Traduciéndolo nuevamente al ámbito probatorio para su mejor comprensión, resulta que una versión de los hechos será verdadera si los indicios en que se sustenta se han declarado probados en el contexto en el que acaecieron dichos hechos. Y, lógicamente, si cabe imaginar otras situaciones en que dándose esos mismos indicios no se dé el mismo resultado, la versión de los hechos puesta en cuestión será más dudosa cuantas más situaciones alternativas quepa hallar.

Las ventajas de todo lo anterior son innegables. El esquema de los procesos mentales engloba a la vez la inducción y la deducción [100] y, al mismo

[97] Es el «exceso de confianza» al que se refiere P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models,* cit., p. 204, y que ciertamente es frecuente no solamente en un juez, sino en cualquier otro ser humano.
[98] P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models,* cit., p. 196.
[99] *Ibid.,* p. 197.
[100] *Ibid.,* p. 197.

tiempo, explica con sencillez, sin recurrir a complejas explicaciones silogísticas, el razonamiento humano del día a día [101], que es justo el mismo tipo de razonamiento que se utiliza en la valoración de la prueba. Pero por supuesto, tiene la desventaja de que es imposible imaginar todos los contextos alternativos, y queda por resolver el problema de si esta teoría de los modelos mentales sirve para cuantificar el grado de confirmación de las diferentes hipótesis [102] y es capaz de explicar su porqué. Es decir, volvemos a encontrarnos exactamente con el mismo problema con el que chocaban los modelos epistemológicos.

Pero justamente en este punto es donde el enfoque de los modelos mentales resulta más útil, ya que para obtener ese deseado grado de confirmación, sólo es necesario observar los modelos mentales que haya sido posible concebir. Supongamos que dados unos indicios, son diez los modelos mentales alternativos que pueden imaginarse en los que los indicios sean verdaderos. Pues bien, si en la mayoría de esos modelos la conclusión es una y la misma, la versión de los hechos será muy creíble. Pero si difiere en casi todos y resulta confirmada sólo en uno, dicha versión tendrá más posibilidades de ser falsa [103]. Por ejemplo, si se encuentra un cadáver sin signos de violencia en una casa, tendido en el suelo, es posible que sea una muerte natural o bien que se trate de un asesinato. Desde luego, es factible imaginar que el sujeto haya padecido un infarto de miocardio, o que haya resbalado y se haya golpeado fatalmente la cabeza, o haya padecido un infarto cerebral, o bien se haya mareado y haya fallecido al ahogarse con su propio vómito al caer en decúbito supino. La hipótesis del homicidio supondría que alguien ha conseguido matarle sin dejar signo de violencia alguno. Con la reserva de lo que indique la autopsia, parece que la hipótesis de la muerte natural cuenta con muchos más modelos mentales a su favor, por lo que podría ser tenida como válida si no concurren otros indicios más que los indicados.

Este enfoque explica, además, cómo construimos los modelos, es decir, cómo creamos las máximas de experiencia. En concreto, para crear modelos mentales las personas normalmente suelen manipular la versión inicial de los hechos de tres maneras distintas:

1. Manipulaciones espaciales o físicas.
2. Manipulaciones conceptuales.
3. Pensamiento analógico.

Aunque naturalmente pueden combinarse, expliquemos cada una de las tres tomando el mismo ejemplo de antes [104], el del cadáver que se encuentra en la casa. Imagínese que se detiene al primer vecino que la policía encuentra delante de la puerta del apartamento del sujeto fallecido. Es obvio que todos,

---

[101] *Ibid.,* p. 198.
[102] *Ibid.,* p. 199.
[103] *Ibid.,* p. 201.
[104] Las manipulaciones vienen recogidas por P. N. Johnson-Laird, *Mental Models,* cit., p. 203, quien además pone un ejemplo jurídico de ellas con un hombre al que se le roba una cartera, análogo al que voy a proponer en el texto principal.

de entrada y solamente con esos datos, declararíamos inocente al vecino, pero lo cierto es que podríamos pensar que la policía lo encontró allí porque no le dio tiempo de irse más lejos de la puerta tras ahogarle con una mínima violencia que no dejó rastro (manipulación espacial), o bien porque accedió por la ventana interior de su vivienda que quedaba delante de la ventana del fallecido, y no por la puerta de su domicilio (manipulación física). Podríamos pensar también que se encontraba allí protegiendo la huida de su cómplice para entretener a la policía (manipulación conceptual), o bien que utilizó una botella de licor envenenado que no dejó rastro remitida por un mensajero, a fin de matarlo sin necesidad de entrar en su casa (pensamiento analógico) [105]. Desde luego, cualquiera de las tres opciones parece poco creíble porque los ahogamientos suelen dejar rastro, y los venenos también. Y por ello, la hipótesis de la muerte natural se confirma.

El único defecto es que el descarte de las hipótesis se hace depender en todo caso del «conocimiento previo» [106] de las personas [107], es decir, de sus máximas de experiencia, pero al menos nos explica cómo se forman las que sirven para configurar los modelos mentales. Además, se nos ofrece una manera más segura de calcular el grado de confirmación de una hipótesis, en función de la facilidad para encontrar modelos mentales alternativos. Es un método sencillo que, evidentemente, puede pensarse que dependerá de la perspicacia de cada juez que, como ya se ha dicho, si cree de entrada uno de los modelos, tenderá a subestimar el resto [108].

Pero ello no es exactamente así en un proceso jurisdiccional, puesto que lo que sucede en el mismo es que las partes le pueden proponer al juez esos modelos mentales alternativos. Lo cual hará que el cómputo de los mismos, interviniendo al menos tres mentes en el proceso (los dos abogados y el juez) tenga bastantes posibilidades de ser exhaustivo, dado que cada parte se esforzará en buscar modelos alternativos que sustenten su hipótesis. Por consiguiente, el método, realmente, puede utilizarse con bastantes posibilidades de éxito, siempre que las argumentaciones de las partes sean adecuadas y la actividad probatoria esté correctamente realizada, sin rechazar arbitrariamente la prueba de los modelos mentales alternativos, que es lo que más suele suceder en la práctica. Y además, describe a la perfección cuál es esa labor intuitiva que, normalmente, realizamos al razonar en materia probatoria, y la reduce a esquemas controlables, siempre y cuando aparezcan expuestos, lógicamente, en la motivación de la sentencia.

---

[105] Un modo similar de manipular las historias puede hallarse en Kahneman y Tversky, *The simulation heuristic,* cit., p. 205, a fin de valorar la credibilidad de un relato. Estos autores hablan de la posibilidad de quitar un aspecto sorprendente del relato *(downhill change),* o bien añadir un dato poco probable *(uphill change),* o bien sustituir un dato arbitrario por otro igual de arbitrario, y que no es ni más ni menos probable que el sustituido *(horizontal changes).* Pues bien, los experimentos demuestran que los seres humanos tienen la tendencia a introducir *downhill changes.* Los *uphill changes* son infrecuentes y los *horizontal changes* nunca se producen.

[106] «*Prior knowledge*». P. N. Johnson-Laird, *Mental Models,* cit., p. 201.

[107] Lo que constituye una tendencia natural en el pensamiento humano, como confirmó Gilovich, *Seeing the Past in the Present,* cit., p. 797.

[108] En sentido análogo, P. N. Johnson-Laird, *Mental Models,* cit., p. 204.

Por supuesto que lo indicado tiene evidentes concomitancias con el método sugerido por COHEN y que ya vimos anteriormente. Pero tiene una ventaja muy importante. COHEN sugería que si no se podía comprobar la hipótesis contraria, se diera por válida la primeramente afirmada y demostrada, lo cual tenía la evidente desventaja de que no siempre es posible esa demostración de lo contrario, y ello no quiere decir que sea válida la primera hipótesis. Ese inconveniente es justamente el que ha llevado a la jurisprudencia alemana a la creación de la teoría de la prueba de la apariencia y los consiguientes aligeramientos de la prueba, en virtud de la cual en casos en que la prueba sea difícil, antes que aplicar toscamente las reglas de la carga de la prueba que llevarían a una segura —y probablemente injusta [109]— desestimación de la demanda, se permite declarar probada una versión de los hechos en caso de que dicha versión resulte creíble según las máximas de experiencia, salvo que se den indicios de que las cosas pudieron suceder de otro modo, es decir, construyendo una contraprueba, y no una prueba de lo contrario [110].

Pues bien, con el mismo razonamiento de la jurisprudencia alemana, puede decirse que la teoría de los modelos mentales permite alejarse de esa, en ocasiones, imposible demostración de lo contrario. Y simplemente posibilita dar por buena una hipótesis si, dados unos indicios, está confirmada por un número importante de modelos mentales. Ello es, como decía, lo que, a veces, sin ser conscientes de ello, hacen muchos jueces en la práctica. Pues bien, tenemos ante nosotros una forma clara de racionalizarlo de una manera perfectamente controlable y cuantitativamente calculable incluso. Y alejándose de la lógica formal, que lo cierto es que no acostumbra a utilizarse en un razonamiento de lo cotidiano como es el probatorio.

Pero, desde luego, la teoría de los modelos mentales también tiene sus desventajas. No es solamente el exceso de confianza en el primer modelo mental que parezca plausible lo que puede conducir al fracaso a esta teoría. El mayor peligro que personalmente percibo en la misma es que un exceso de imaginación y retórica construya modelos mentales perfectamente plausibles que conduzcan a la desestimación de una hipótesis perfectamente razonable, simplemente porque dichos modelos mentales sean presentados de una forma retóricamente correcta. Es por ello por lo que este enfoque, de ser utilizado, aunque emplea verdaderamente el método holista, no debe ser víctima propiciatoria del mismo y, para ello, lo correcto sería organizar la práctica de la prueba de cada hipótesis por separado. Y cuando la prueba no sea posible —opción en la que es mucho más factible que sea utilizada la teoría de los modelos mentales— debe tenerse especial cuidado con la práctica de la prueba de los indicios que sustenten cada hipótesis, así como comprobar si, realmente, conducen a la conclusión sólo en la imaginación del proponente de la versión, o bien es posible que, ciertamente, las cosas hayan sucedido así.

---

[109] Se ha utilizado en supuestos como las transfusiones de sangre que infectaron en una persona el retrovirus VIH. Desde luego, la prueba de que fue esa concreta transfusión la que produjo el contagio es prácticamente imposible y, por ello, se recurre a la prueba de la apariencia. *Vid.* otros supuestos en LEIPOLD, *Comentario al § 286 ZPO,* cit., pp. 550 y ss.

[110] *Vid.* LÜKE, *Zivilprozessrecht,* München, 2006, p. 288.

Por tanto, esta teoría no es definitiva, en el sentido de que no conjura todos los problemas que provoca la valoración probatoria. Pero tiene un mérito importante: reduce a esquemas bastante controlables el *id quod plerumque accidit*. Es decir, lo que normalmente sucede no se deja depender de lo que en su fuero interno piense el juez, sino que se le obliga a formular hipótesis alternativas. Y sólo cuando dichas hipótesis alternativas sean descartables, se dará una versión por correcta y se habrá determinado el *id quod plerumque accidit*, porque precisamente se habrá cuantificado ese *plerumque*, o se habrá determinado el grado de confirmación con un método que depende mucho menos del subjetivismo de cada juez, aunque evidentemente el mismo no puede ser excluido, al menos desde esta teoría.

Porque ese es el problema que queda de todo lo anterior. Aunque se haya reducido el subjetivismo, el mismo continúa existiendo. Vamos a ver a continuación una teoría que explica las razones de fondo de ese subjetivismo, de manera que lo hace explicable al determinar sus causas. Lo cual puede permitir, naturalmente, criticar el razonamiento probatorio también desde ese punto de vista. Analicemos hasta qué punto ello es realmente posible.

B) El sistema de los heurísticos y de los sesgos

Vamos a exponer a continuación una teoría elaborada por dos psicólogos que ha sido utilizada sobre todo en Economía [111] y en el análisis económico del Derecho, pero también, aunque en menor medida, en materia probatoria [112]. Uno de sus autores, Daniel KAHNEMAN, obtuvo por ella el premio Nobel de economía de 2002, que consideraba moralmente compartido con Amos TVERSKY, con el que confeccionó la mayoría de sus trabajos sobre los heurísticos [113].

Los autores citados partieron de una base bastante sencilla de explicar. Los seres humanos, en sus decisiones cotidianas, siguen unos principios generales que les ayudan a simplificar la realidad, ya que dichos principios hacen mucho más sencillo el cálculo de probabilidades de si una decisión es o no correcta. Esos principios generales, que con frecuencia se alejan de los cálculos estadísticos [114], son los llamados «heurísticos», y han sido descritos como atajos del pensamiento para conseguir tomar una decisión con mayor

---

[111] D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «Prospect theory: an analysis of decision making under risk», *Econometrica,* 1979, 47, pp. 263 y ss. D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «Choices, values and frames», *American Psychologist,* 1984, 39, pp. 341 y ss. La Psicología parece jugar un papel importante en los estudios económicos, sobre todo a la hora de valorar el consumo o las tendencias bursátiles. *Vid.* los trabajos de D. E. BELL, «Regret in decision making under uncertainty», *Operations Research,* 30, 1982, pp. 961 y ss., y «Disappointment in decision making under uncertainty», *Operations Research,* 33, 1985, pp. 1 y ss.

[112] M. J. SAKS y R. F. KIDD, «Human information processing and adjudication: Trial by heuristics», en ARKES y HAMMOND (eds.), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader,* Cambridge, 1986, pp. 213 y ss.

[113] Contenidos la mayoría de ellos en D. KAHNEMAN, P. SLOVIC y A. TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge 1982.

[114] D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «On the study of statistical intuitions», *Cognition,* 1982, 11, pp. 123 y ss.

facilidad. Normalmente funcionan [115], es decir, son útiles al ser humano y le ayudan a tomar decisiones acertadas, pero algunas veces conducen a crasos errores [116].

De entre esos heurísticos destaca el primero que fue identificado: la *representatividad* [117]. Según el mismo, las personas toman sus decisiones en función de aquello que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir [118]. En otras palabras, para decidir qué hacer en una situación determinada, las personas recuerdan lo ocurrido en otra situación similar. Y en función de lo que sucedió en esa situación, toman las decisiones que ellos mismos u otras personas adoptaron y que les condujeron al éxito.

Este heurístico explica, por ejemplo, por qué las personas invierten en un determinado negocio y no en otro, si observan que el primero le ha ido bien a otros sujetos. Pero también es utilísimo en el razonamiento probatorio. Un juez, desde luego, valorará la prueba en función de los medios practicados y llegará a un resultado. Sin embargo, puede ser que, finalmente, no llegue a una conclusión razonable. Es posible que antes de aplicar las reglas de la carga de la prueba, decida juzgar por «representatividad». Normalmente imaginará, como ya se ha dicho, situaciones similares que ya conozca. Pero también es posible que ese mismo heurístico le conduzca a valorar datos llamativos que nada tienen que ver, en realidad, con el caso concreto, como los antecedentes de una de las partes —como delincuente o como deudor moroso, por ejemplo—, o su etnia incluso, o bien su actuación durante el proceso en función de que ésta haya sido más o menos rebelde. Y bien saben los abogados hasta qué punto cualquiera de estos factores puede influir en la sentencia de un caso concreto.

Esos datos adicionales, que en sí mismos no tienen valor alguno, se ha demostrado experimentalmente [119] que condicionan las decisiones de las personas, de manera que si a un sujeto se le pone en la tesitura de decidir qué hacer en una determinada situación, decidirá por representatividad según su *prior knowledge*, es decir, sus conocimientos previos a la toma de la decisión. Pero si en cambio se le da esa información adicional irrelevante en realidad, también utilizará la representatividad, pero en ese caso su decisión tiene muchas más posibilidades de ser incorrecta, puesto que está utilizando en la misma factores que nada tienen que ver, insisto que en principio, con esa decisión. Y además esos factores le hacen olvidar, en general, la consideración por el resto de datos de los que disponía.

---

[115] Así lo destacó el propio L. J. COHEN, «Can Human Irrationality be experimentally Demonstrated?», *The Behavioral and Brain Sciences,* 1981, 4, p. 330, citado anteriormente.

[116] A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, 1982, p. 3.

[117] Su doctrina sobre este heurístico está contenida fundamentalmente en D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «Subjective probability: A judgment of representativeness», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, 1982, pp. 33 y ss., y de los mismos autores, *On the Psychology of Prediction,* en *op. cit.,* pp. 48 y ss.

[118] *Vid.* GILOVICH, *Seeing the Past in the Present,* cit., pp. 797 y ss.

[119] TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* cit., p. 5.

Desde luego, ello explica bastante bien lo que no conseguía esclarecer la teoría de los modelos mentales, el subjetivismo al que antes me referí. Con el modelo mental el juez formulaba alternativas, pero no sabíamos por qué se decantaba por una o por otra. Es decir, podíamos cuantificar *grosso modo* el *id quod plerumque accidit*, pero no sabíamos por qué el juez consideraba una versión como verosímil. La representatividad nos enseña claramente ese porqué, y consiste en que todo depende de las situaciones con las que se haya confrontado el juez anteriormente. Y además, es posible que dichas decisiones cambien si se consigue introducir un elemento irrelevante, pero llamativo, en la decisión que le haga modificar su cálculo de probabilidades en un caso concreto, siempre que ese elemento irrelevante active el uso por parte del juez de la representatividad.

El heurístico de la representatividad, como dije, ha sido utilizado sobre todo en materia económica, más que nada para demostrar la ignorancia de las personas en materia estadística al tomar una decisión, lo que viene bien explicado por la llamada «falacia del jugador» [120], en virtud de la cual, por ejemplo, en una secuencia larga de rojo y negro en el juego de la ruleta, el jugador, si ha salido 20 veces el rojo esperará que alguna de las siguientes 20 veces salga el negro, simplemente porque su conocimiento previo de situaciones similares así se lo indica, cuando en realidad es estadísticamente posible que siga saliendo el rojo.

Pero todo lo dicho es aplicable directamente al ámbito de la valoración de la prueba. En esa tarea, un juez utiliza indudablemente su experiencia en casos similares. Por ello, en todo aquello que no conoce del relato de hechos que debe juzgar, intentará adivinar qué es lo que ha sucedido recurriendo a su experiencia. Y cuanto más adivine, menos probabilidades tendrá el relato de ser real, aunque el juez se quede con la sensación de haber construido una historia correcta porque le cuadra con su experiencia [121].

Es sencillo realizar una predicción de lo que hará en aquel caso concreto si se conoce, o al menos puede intuirse, esa experiencia previa, lo que puede valorarse, en algunos casos, acudiendo a la jurisprudencia. O bien podemos saber, siguiendo ese mismo método, qué «datos irrelevantes» podrían modificar su decisión. Se trata de que sean datos que obedezcan a tópicos sociales, fundamentalmente. Desde luego, si es consciente de los peligros de la representatividad, lo más probable es que haga caso omiso de esos señuelos y valore la prueba practicada con la máxima objetividad posible. Pero si no lo es porque no conoce este heurístico, o sencillamente lo pasa por alto porque está obligado a decidir demasiado rápido habida cuenta de la acumulación de asuntos que padece, es más que probable que acuda al atajo que supone la representatividad y, por tanto, decida siguiendo ese heurístico. Su resolución no tiene por qué ser incorrecta obrando de ese modo, pero lo cierto es que

---

[120] *Ibid.*, p. 7.

[121] Advierten justamente de esto A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Judgments of and by representativeness», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, 1982, p. 98.

tiene muchas más posibilidades de serlo que si prescinde de lo que ha ocurrido en casos similares y se centra en juzgar el caso concreto.

Otro heurístico descrito por TVERSKY y KAHNEMAN [122] es el de la *availability*, traducido normalmente en español como *accesibilidad* [123]. Este heurístico conduce a los seres humanos a valorar la probabilidad de que se produzca un acontecimiento en función de la facilidad que tengan para recordar un acontecimiento similar. Como siempre ocurre con los heurísticos, normalmente funciona correctamente, porque lo cierto es que lo más frecuente suele ser lo que recordamos con mayor facilidad, por lo que este cálculo de la probabilidad será normalmente correcto. Pero sin embargo, es posible que no sea así. Cuando ha existido un accidente de avión, la práctica totalidad de personas que toman el avión al día siguiente piensan en la posibilidad de un accidente. Y estadísticamente, la ocurrencia de un accidente aéreo es bajísima si se compara con el número de vuelos que despegan cada día y llegan a destino sin novedad.

Experimentalmente se ha demostrado que este heurístico también genera errores. Se leyó a una serie de personas una lista de hombres y mujeres en exactamente la misma proporción, con la diferencia de que muchos de los hombres citados eran famosos y, en cambio, las mujeres no. Preguntados los sujetos del experimento si en la lista había más hombres o más mujeres, la mayoría contestó que había más hombres [124]. Además, este heurístico también provoca un sesgo llamado *correlación ilusoria* [125], consistente en asociar una cualidad a un sujeto o una cosa por una característica que posee. Es bien conocido que las personas tienden a considerar enfermas mentales a las personas con una mirada muy penetrante o bien con la mirada perdida [126]. Pues bien, nada de eso es indicativo de una enfermedad mental, y sin embargo cada día oímos a nuestros congéneres juicios sobre la mirada de las personas. Pero uno de los posibles efectos de la accesibilidad es el que se produce cuando el sujeto no tiene conocimientos previos sobre la inferencia que se le presenta. Sistemáticamente dirá que es falsa, y la experimentación ha demostrado que este resultado es tanto más fuerte cuanto mayor es la cultura del sujeto y más elevada es la importancia del tema objeto de la inferencia [127].

---

[122] A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Availability: A heuristic for judging frequency and probability», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, 1982, pp. 163 y ss.

[123] También tratado, entre otros, por P. POLLARD, «Human Reasoning: Some Possible effects of Availability», *Cognition,* 1982, 12, pp. 65 y ss.

[124] *Vid.* este experimento en TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* cit., p. 11.

[125] TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* cit., p. 13. A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Extensional vs. Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment», *Psychological Review,* 1983, 90, 4, pp. 293 y ss. A. LOCKSLEY y C. STANGOR, «Why versus How Often: Causal Reasoning and the Incidence of Judgmental Bias», *Journal of Experimental Social Psychology,* 1984, 20, pp. 471 y ss.

[126] *Vid.* IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio,* cit., p. 103.

[127] Es decir, en palabras llanas, que lo que no suena conocido tiende a interpretarse como falso. Esta interesante conclusión puede hallarse en D. GENTNER y A. COLLINS, «Studies of inference from lack of knowledge», *Memory & Cognition,* 1981, vol. 9 (4), p. 442.

No es necesario indicar la enorme importancia de todo lo anterior para la valoración de la prueba de declaración de personas, sean partes o testigos. Pero el heurístico de la accesibilidad, en todo caso, posee también alguna relevancia —inferior a la representatividad— para la valoración del resto de pruebas, sobre todo cuando existe insuficiencia de las mismas. El juez intentará recordar situaciones similares, igual que con el heurístico de la representatividad. Si los hechos que debe valorar el juez son algo excepcionales, es posible que valore como creíble una versión insólita de los hechos, simplemente porque le recuerda a alguna otra que ya juzgó anteriormente. Ello puede darse con más facilidad en los jueces con escasa experiencia, puesto que tienden a creer que todos los supuestos son como los que ellos han visto hasta ese momento. No es un defecto solamente de esos jueces noveles. Es muy frecuente que un abogado diga que conoce «la práctica», cuando en realidad lo que conoce es lo que ocurrió en los casos que ha llevado personalmente. Es sobradamente sabido que, aunque hay excepciones, tanto abogados como jueces suelen poseer una tendencia a tomar su experiencia personal como experiencia generalizada. Y ello es fruto de la accesibilidad, porque, evidentemente, les es más sencillo recordar lo que conocen directamente que aquello que han leído, por ejemplo, en la jurisprudencia. Naturalmente, cuanto inferior es la experiencia más fuerte es la incidencia de la accesibilidad, lo que, como decía, puede hacer que algunos observadores consideren creíbles hechos que en realidad no lo son, porque no están demostrados. Como veremos más adelante, el único modo de luchar contra ello es la debida y exhaustiva práctica de la prueba.

El siguiente heurístico descrito por los autores considerados es el del «*anclaje y ajuste*». El mismo tiene una incidencia inusitada en materia judicial [128], y muy especialmente en materia de valoración probatoria. Consiste en que las personas suelen hacerse una idea de lo que ha sucedido en un principio, en cuanto ven algunos indicios. Si ello sucede, es muy difícil que posteriormente cambien de opinión, pese a que reciban nuevos datos que, realmente, modifiquen totalmente esa percepción inicial. Lo que suele suceder, bien al contrario, es que, curiosamente, las personas reinterpretan esos datos para seguir defendiendo su opinión inicial y no tener que modificarla. Ello puede resultar increíble, pero a poco que se piense en cualquier proceso en que las primeras pruebas arrojan un determinado resultado que parece bien plausible, cambiar después la idea del juez puede ser misión auténticamente imposible. Además, como siempre ocurre con los heurísticos, su uso normalmente comporta resultados correctos, porque mantener la opinión inicial sin dejarse influenciar por pequeños datos que vayan surgiendo después, puede hacer que la decisión final sea más correcta. Pero lo cierto es que en ocasiones la incidencia del heurístico comporta errores.

---

[128] Que ha sido objeto de estudio. *Vid.* F. Fariña, M. Novo y R. Arce, «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», *Psicothema,* 14 (1), 2002, pp. 39 y ss. Saks y Kidd, *Human information processing and adjudication,* cit., p. 229. E. Garrido Martín y C. Herrero Alonso, *Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theoty of Anchoring by Tversky and Kahneman,* e I. de la Fuente, A. Ortega, I. Martín y H. Trujillo, «Formal Pattern in Jury Decision Making», ambos en Redondo, Garrido, Pérez y Barberet, *Advances in Psychology and Law,* Berlin-New York, 1997, pp. 215 y ss., y pp. 199 y ss., respectivamente.

Como siempre, se ha demostrado experimentalmente que esto es así. Sucede, por ejemplo, que los sujetos tienden a pensar que todo saldrá como lo han planificado y, por ello, en general las personas valoran sus proyectos como exitosos [129], o piensan siempre que podrán acabar un trabajo en un tiempo determinado previamente [130]. No es que ello no sea así, pero puede no ser así y normalmente se desprecia esa posibilidad. Trasladando la anterior reflexión al razonamiento probatorio, sucede que en procesos breves sobre todo, el juez puede dejarse impresionar con una primera declaración y hacer un juicio precipitado sobre cuál es la versión de los hechos. A partir de ahí es posible que pase por alto otras pruebas que podrían llevarle a considerar lo contrario, bien sea por un ansia de garantizar su objetividad no dejándose influir por lo que dicen las partes que, obviamente, como la propia palabra indica, es parcial, o bien porque, evidentemente, resulta más difícil modificar el propio juicio sobre los hechos construyendo otra versión, que ir reinterpretando los diversos indicios de manera que se vaya confirmando la versión inicial.

Existen otros heurísticos descritos por la doctrina, siguiendo el ejemplo de Kahneman y Tversky, como el de la *utilidad subjetiva esperada*, o el de la necesidad de justificación de la decisión [131], pero son muy discutidos por la doctrina. Consiste el primero en la explicación de la actitud de los seres humanos ante una decisión arriesgada. Según dicho heurístico, los humanos prefieren adoptar una decisión arriesgada si el resultado final está asegurado, antes que una decisión que no genera riesgo pero no asegura el resultado final. Pero a la descripción de este heurístico se le ha criticado, con justicia, que la bondad del resultado final depende de la perspectiva de cada sujeto, lo que hace que confirmar experimentalmente este heurístico sea muy complicado. Además, su relevancia probatoria es escasa salvo en la fase de admisión de la prueba, en la que sí se ejecuta una decisión arriesgada que condiciona el resultado final. Pero la presencia de este heurístico está muy condicionada por diversos sesgos que hacen muy difícil hablar de su incidencia de manera generalizada [132].

En cuanto al heurístico de la *necesidad de justificación de la decisión* [133], el mismo explica cómo ante la necesidad de motivar públicamente una decisión, el sujeto que la toma suele decidir aquello que le parece más defendible socialmente. La experiencia enseña que, ciertamente, ello es así, aunque la explicación de ello es posible que sea más sociológica que psicológica, como veremos después. De todos modos, experimentalmente puede demostrarse que las sentencias bien motivadas suelen contener una mejor y más acertada valoración de la prueba. Pero no es seguro que ello responda a este heurístico, sino al hecho de que, motivando, un juez tiene una superior posibilidad

---

[129] Es algo similar al sesgo que se ha descrito como principio de Pollyanna, consistente, fundamentalmente, en una sobrevaloración de las oportunidades de éxito. *Vid.* Artieta Pinedo y González Labra, *La toma de decisiones,* cit., p. 372.

[130] Tversky y Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* cit., p. 16.

[131] *Vid.* Artieta Pinedo y González Labra, *La toma de decisiones,* cit., pp. 383 y ss.

[132] *Vid.* J. Nieva Fenoll, *Enjuiciamiento* prima facie, Barcelona, 2007, pp. 172 y ss.

[133] Artieta Pinedo y González Labra, *La toma de decisiones,* cit., p. 398.

de reflexión sobre lo que ha decidido. Muy relacionado con este heurístico está el sesgo de la *presión social* [134], que hará que un juez tome decisiones arriesgadas pero queridas por el público, minimizando los peligros de la decisión.

Todos estos heurísticos provocan errores que, cuando son generales, han sido recopilados en los llamados «sesgos de información», y muchos de ellos ya han sido descritos, aunque es preciso referirlos en este momento para una mejor comprensión.

De este modo, es obvio que principalmente el heurístico del anclaje y ajuste, provoca tres sesgos: el primero es conocido como *exceso de confianza en el juicio emitido*, que impide percibir que un juicio propio no ha sido correcto [135], lo que se explica en función de la necesidad de adaptación del ser humano a las circunstancias [136]. El segundo es el *sesgo egocéntrico* [137], que es el que lleva a los sujetos a pensar que todo el mundo piensa o pensaría como ellos, lo que les conduce a defender su opinión a ultranza. Y por último está el sesgo llamado *perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación* [138], que se produce cuando alguien está tan convencido de un conocimiento, que aunque *a posteriori* quede absolutamente desacreditado, tiende a continuar creyendo, pese a ello, en ese conocimiento previo [139].

Otros sesgos interesantes son el *sesgo de* a posteriori [140], que es el que padece un sujeto cuando afirma que siempre creyó que el resultado de una situación compleja era la que finalmente fue, pero una vez ya conocido el re-

---

[134] GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento,* cit., p. 287.

[135] ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones,* cit., p. 372. GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento,* cit., p. 285. D. GRIFFIN y A. TVERSKY, «The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence», *Cognitive Psychology,* 1992, 24, pp. 411 y ss. B. FISCHHOFF, P. SLOVIC y S. LICHTENSTEIN, «Knowing with certainty: the appropiateness of extreme confidence», *Journal of experimental psychology: Human perception and Performance,* 20, pp. 552 y ss. *Vid.* también sobre este sesgo, poniendo en cuestión su auténtica incidencia, G. GIGERENZER, U. HOFFRAGE y H. KLEINBÖLTING, «Probabilistic Mental Models: A Brunswikian Theory of Confidence», *Psychological Review,* 1991, 98, 4, pp. 506 y ss.

[136] Como explican GRIFFIN y TVERSKY, *The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence,* cit., p. 432, el ser humano necesita ser optimista y sentirse bien para tomar decisiones que, de otro modo, nunca habría adoptado. Eso le lleva a un exceso de confianza que le impide ver, por ejemplo, que las posibilidades estadísticas de éxito son pobres en un caso concreto. Pero además, este sesgo se concreta en una predicción interesante a efectos probatorios (*op. cit.,* pp. 411 y ss.). El exceso de confianza aumenta cuanto mayor es la fuerza probatoria de un argumento, aunque su verosimilitud sea baja. Y al contrario, inspira desconfianza una inferencia muy verosímil pero sustentada por una prueba débil.

[137] ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones,* cit., p. 344.

[138] D. G. MYERS, *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido,* trad. de G. SOLANA de *Intuition: its power and perils*, New Haven y London, 2002, Barcelona, 2003, p. 175.

[139] Un ejemplo nos lo aporta J. CERCAS, en su obra *Anatomía de un instante,* Barcelona, 2009, en la que en sus primeras páginas desvela algo que ha sorprendido a muchísimos lectores que se resisten a modificar su creencia y asumir la constancia histórica. Multitud de ciudadanos afirman haber presenciado en directo en televisión el asalto al Congreso de los Diputados de España acaecido el 23 de febrero de 1981. Pues bien, la realidad es que las imágenes de ese asalto no fueron reproducidas hasta el día siguiente, como está sobradamente acreditado.

[140] *Vid.* GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento,* p. 180. ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones,* cit., p. 372.

sultado. Ello le impide analizar con precisión las causas de ese resultado [141], lo que es nefasto a efectos probatorios. O el sesgo «tiene sentido» [142], que se produce cuando el sujeto considera correcta una solución si se adecua a sus creencias previas sobre la misma.

Todos esos sesgos pueden venir derivados de los diferentes heurísticos, porque en el fondo los mismos no son más que simplificaciones de la realidad, que aunque nos son muy útiles, también nos conducen a error. Esa natural inclinación ha sido resumida en un sesgo denominado *minimización de la carga cognitiva* [143], a través de la cual un sujeto tiende a rechazar argumentos conflictivos a favor de los que son más sencillos [144].

Llegados a este punto, puede decirse que, en el fondo, de lo que se trata con los heurísticos —pese a los sesgos que provocan— es que el juez compatibilice su acervo de conocimientos y experiencias con la realidad que observa. Pero eso no siempre es fácil y, en realidad, no existe procedimiento alguno para hacerlo hasta el último resquicio [145]. En materia probatoria se ha tratado a través de los siglos de establecer procedimientos que le dieran al juez tiempo suficiente para reflexionar, observando las afirmaciones y las refutaciones de las partes. Y ello se llevó hasta el extremo en el procedimiento medieval, periodo histórico en el que los procesos se hicieron eternos [146]. Actualmente la fase probatoria se ha simplificado muchísimo, pero no obstante sigue tratándose de que el juez disponga de ese tiempo de reflexión y contraste, precisamente para evitar que la incidencia de los heurísticos provoque sesgos. No se pensó así en un origen ni en las últimas reformas, desde luego. Pero en el fondo, todas las oportunidades de contradicción en el proceso están enfocadas a ese objetivo: a obtener la debida reflexión del juez, que es quien tiene que decidir quién gana y quién pierde.

Por tanto, como se empezó diciendo, el enfoque de los heurísticos explica algo más que la teoría de los modelos mentales. Da razones concretas de por qué los jueces han considerado que una determinada situación es el *id quod plerumque accidit*. Es decir, explica las razones de por qué un juez le concede un grado de confirmación mayor o menor a una hipótesis [147]. Hemos descubierto que en la mayoría de las ocasiones, esa determinación que se explicaba a través de la «imaginación», la «experiencia» o la «intuición», tiene detrás, en realidad, una simplificación construida a través de los recuerdos, y estudiada y concretada por los psicólogos a través de los heurísticos.

---

[141] B. FISCHHOFF, «Hindsight = Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty», *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance,* 1975, 1, 3, pp. 288 y ss.

[142] GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento,* cit., p. 288. EINHORN y HOGARTH, *Judging probable cause,* cit., p. 5.

[143] GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento,* cit., p. 288.

[144] Una información resumida sobre heurísticos y sesgos puede obtenerse en S. J. SHERMAN y E. CORTY, «Cognitive Heuristics», en: WYER y SRULL (eds.), *Handbook of Social Cognition,* vol. 1. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1985, pp. 189 y ss.

[145] TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* cit., p. 20.

[146] *Vid.* J. NIEVA FENOLL, «El proceso jurisdiccional catalán entre 1714 y 1835. Breve reseña histórica», *Justicia,* 2005, pp. 45 y ss.

[147] KAHNEMAN y TVERSKY, *Variants of uncertainty,* cit., pp. 154 y ss.

En mi opinión, y pese a que, como ocurre muchas veces en psicología, el resultado final de la investigación parezca obvio [148], en materia judicial la trascendencia de que los psicólogos hayan llegado hasta ese punto es muy grande, no porque podamos prever siempre cuál va a ser el razonamiento probatorio de cada juez, pero sí que le podemos conferir, finalmente, una consciencia de por qué valora una prueba con uno u otro resultado, lo que había pertenecido siempre al terreno de lo desconocido, o al menos de lo tenebroso, salvo cuando se conseguía explicar, al menos en parte, silogísticamente. Y por añadidura, observando la motivación de una sentencia y teniendo además en cuenta cuáles son las creencias más difundidas entre la población —a la que también pertenece el juez—, es posible criticar el razonamiento probatorio *a posteriori*, en un recurso, si la incidencia del heurístico provocó un sesgo. Y esa es una gran ventaja de utilizar esta teoría al ámbito probatorio. Aplicada al análisis económico, siempre se le critica que permite explicar los sucesos *a posteriori*, pero es muy dificultoso establecer sobre sus bases predicciones, aunque esa opinión la verdad es que muchas veces no se ajusta a la realidad, pero esa es otra cuestión en la que no me corresponde en absoluto entrar. En materia probatoria no importa que tengamos que esperar a ese análisis *a posteriori*, porque disponemos de los recursos, y en su interposición es en el momento en que ese análisis va a ser especialmente útil.

C) Utilidad de los enfoques psicológicos

Si la principal virtud de los enfoques epistemológicos era ayudar al juez a motivar ordenada y lógicamente el juicio sobre la prueba, pero dejaban pendiente la cuestión del grado de confirmación que sólo a duras penas lograban justificar, con el enfoque psicológico dicho grado de confirmación es calculable y, sobre todo, controlable a través de los recursos.

Desde luego, no es computable matemáticamente, porque matemático sólo es un análisis estadístico, y a continuación veremos cuál es su utilidad real en materia probatoria. Pero sí que es calculable *grosso modo*, que no es poco, y además dando razones de ese cálculo, que es justamente lo que nos faltaba con el enfoque epistemológico. A través de la teoría de los modelos mentales podemos conseguir esa cuantificación. Sólo es necesario pensar en hipótesis alternativas, como vimos, y no creer en la primera que surja.

Pero hay ocasiones en que existe más de una hipótesis creíble. Y el juez se sitúa ante la disyuntiva de tener que decidir si escoge una u otra. Vemos que elige una, y normalmente motiva que la versión elegida es lógica. Pero acostumbra a no rebatir la hipótesis contraria que igualmente aparecía como válida. En esa elección juegan un papel decisivo los heurísticos, y aunque el juez, en la motivación, no explique cuál de ellos ha escogido, por el tono de sus explicaciones y conociendo el contexto en el que ha dictado su decisión y, sobre todo, habiendo seguido toda la trayectoria de la prueba, puede ser

[148] Lo que se explica, por cierto, a través de la incidencia del sesgo *a posteriori*.

relativamente sencillo saber qué heurístico utilizó, si fue el caso, y también, si ha sucedido, de qué sesgos padeció su juicio.

Todo ello no es sólo que nos haya acercado muchísimo a las esencias del *id quod plerumque accidit* tal y como lo concibe un ser humano: el juez. Es que además nos permite criticar su concepción porque podemos conocer los antecedentes de su toma de decisión. Aunque lo veremos más adelante, avancemos aquí que aunque sólo leamos la motivación, podremos comprobar si el juez se planteó varios modelos mentales o tuvo en cuenta solamente el primero que observó, lo que nos llevará a la conclusión de que utilizó indebidamente el heurístico del anclaje y ajuste para defender a ultranza un modelo mental. Y es que la teoría de los heurísticos en absoluto es incompatible con la de los modelos mentales. Algunas de sus explicaciones son incluso coincidentes [149], y por ello no tiene nada de extraño que se utilicen los dos enfoques a la vez.

Si además observamos el *iter* probatorio seguido en la práctica de los medios de prueba, podremos ver si hubo algún indicio que, descubierto a destiempo, llevó al juez a un modelo mental erróneo, o bien si utilizó indebidamente la accesibilidad, en el modo que ya quedó explicado. Todo ello nos va a permitir criticar, realmente, todo el razonamiento probatorio acudiendo a ese enfoque psicológico allí donde no llegue el epistemológico. Porque aprovecho para advertir de que ambos enfoques, a diferencia de lo que suele creerse, no son incompatibles. No es el uno o el otro. Desde luego, es posible que hayan sido los mismos filósofos y los psicólogos los que han podido conducir a esa imagen de las cosas, sobre todo teniendo en cuenta que el enfoque psicológico trata de solventar los problemas del enfoque epistemológico. Pero para la ciencia jurídica, al menos en materia probatoria, ambos enfoques son útiles. El epistemológico para ordenar debidamente la reflexión. El psicológico para descubrir el grado de corroboración de las hipótesis y para determinar las razones subjetivas del juez en la elección de las hipótesis, allí donde no llega la estricta racionalidad.

Y creo que ello no es precisamente poco, porque supone un avance sustancial en el aspecto probatorio del juicio jurisdiccional, que permite formularlo correctamente y controlarlo *a posteriori* con unas bases más seguras de lo que jamás pudo llegar a imaginar ningún jurista. Lo veremos más adelante.

4. EL ENFOQUE PROBABILÍSTICO MATEMÁTICO

Este enfoque es el que se deduce, como indica el propio título, de la aritmética. Por ello ha sido referido en ocasiones como «probabilidad pascaliana», porque lo cierto es que sus resultados dependen finalmente de fórmulas, teoremas y estadísticas. Y es que no pocos autores han imaginado que el juicio probatorio podía resolverse, al menos en parte, de modo ma-

[149] *Vid.* P. N. Johnson-Laird, *Mental Models,* cit., p. 190.

temático [150]. Y aunque de entrada esa conclusión parezca increíble, hay que considerarla, no sólo porque haya sido objeto de estudio, sino porque algunas veces las matemáticas realmente funcionan en materia probatoria.

La matemática, en el fondo, no es más que un método que permite la simplificación de los cálculos. Y como todo método, puede quedarse en la pura teoría realizando predicciones que no puedan ser contrastadas, simplemente porque evoquen realidades que no existen. En Física saben bien qué consecuencias tiene ello, cuando por ejemplo llevan años prediciendo la existencia de agujeros negros, o del bosón de Higgs, dado que la existencia de los primeros aún no está del todo confirmada, y la existencia del bosón no ha sido demostrada experimentalmente, todavía. En materia probatoria esas predicciones, normalmente, no son posibles. Pero en algunos casos pueden reportar alguna utilidad. Aunque tampoco consiste, ni mucho menos, en entregarse a los brazos de las estadísticas ni de las matemáticas, como habría de suceder si el trabajo de un juez pudiera ser sustituido por un ordenador. Un juicio jurisdiccional no es una partida de ajedrez, y pese a que la informática pueda ayudar al juez, desde luego no puede sustituirle.

La mayoría de autores tratan de este enfoque junto con el epistemológico, al tratar sobre la probabilidad como concepto. Pero por su singularidad he preferido dedicarle un epígrafe aparte dado que, una vez expuesto, este enfoque puede complementar mejor a los anteriores, llegado el caso, como sucede en psicología, ciencia en la cual la estadística es una pieza verdaderamente fundamental, sobre todo en la comprobación experimental de las hipótesis [151]. Además, aunque las conclusiones estadísticas es posible que habitualmente no sean válidas en la formulación del razonamiento probatorio, no por ello pierden toda su utilidad, que intentaré detallar de la manera más elemental y esclarecedora posible en las próximas líneas.

A) El teorema de Bayes

Aunque existen, ciertamente, otras fórmulas matemáticas que aproximan a las conclusiones probatorias, la estrella parece haber sido el teorema de Bayes [152], por lo que lo explicaré en primer lugar [153].

Comencemos por decir que el teorema no constituye ninguna novedad, dado que data de 1763, lo cual, todo hay que decirlo, en absoluto pone en cuestión su validez. Tiene una gran utilidad, puesto que a través de él se están realizando actualmente cálculos estadísticos que dependen de variables eminentemente subjetivas, algunos tan familiares como el filtrado de correo electrónico basura.

---

[150] *Vid.* H. J. Koch y H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre,* München, 1982, pp. 287 y ss.

[151] *Vid.* W. Edwards, H. Lindman y L. J. Savage, «Bayesian Statistical Inference for Psychological Research», *Psychological Review,* 1963, 70, pp. 193 y ss.

[152] Hasta el punto de que, como dice irónicamente Taruffo, *La prueba,* cit., p. 195, defenderlo parece significar estar *up-to-date*.

[153] Sobre el mismo M. O. Finkelstein, *Basic concepts of probability and statistics in the Law,* New York, 2009, pp. 11 y ss.

Sea como fuere, la utilización del teorema en el ámbito judicial ha sido propuesta, sobre todo, en los EEUU [154]. Por otra parte se han acuñado términos como, por ejemplo, «inferencia bayesiana», a raíz de la fórmula original.

Para explicar este teorema a un jurista de forma que lo recuerde con claridad y hasta pueda utilizarlo, creo que lo más correcto es exponerlo en su versión más simplista, y acompañarlo de un ejemplo, para finalmente exponer la fórmula.

Supongamos que en la mesa de un restaurante hay cuatro comensales: Caín, Carlos, Sara y Ana. Deseamos saber si Caín robó la cámara fotográfica de Carlos, cuando éste segundo la dejó un momento encima de la mesa del restaurante en el que estaba comiendo con los otros tres mientras se ausentaba para ir al lavabo. En ese espacio de tiempo, el resto de comensales se quedaron observando un espectáculo desde la misma mesa del restaurante. En ese ínterin, las dos mujeres se pusieron de espaldas a la mesa y Caín permaneció de frente a la misma. Lógicamente, con estos datos es imposible saber quién robó la cámara, pero sí que podemos calcular teóricamente la probabilidad de que haya sido el que, a primera vista, parece ser el principal sospechoso: Caín.

Para conseguirlo, necesitamos contar al menos con un indicio. El indicio sería que aparentemente nadie se acercó a la mesa en ese ínterin, porque, como dije, estaba teniendo lugar un espectáculo en el local que hacía que Sara y Ana estuvieran sentadas de espaldas a la mesa, de manera que Caín fue el único que se quedó de frente a la misma, porque de esa forma también podía ver el espectáculo. Y Caín no acusó absolutamente a nadie de haberse llevado la cámara, sino que se limitó a decir que alguien pudo haber pasado por al lado mientras él observaba distraído el espectáculo.

El teorema de Bayes, en su versión más simplista (aunque lo cierto es que se ofrecen diferentes versiones de la fórmula), nos dice que la probabilidad (P) de la hipótesis (H) de que fuera Caín, teniendo en cuenta el indicio (I) de

---

[154] M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A Bayesian Approach to identification evidence», *Harvard Law Review,* vol. 83, 1970, pp. 489 y ss. El caso *People v. Collins,* que les sirvió de pretexto, merece la pena que sea recordado, aunque en el mismo no se utilizó el teorema de Bayes: una anciana fue atracada en Los Ángeles por la espalda. La anciana vio a una mujer rubia huir de la escena del delito. Otro testigo dijo ver escapar a una mujer castaña con una cola de caballo, y meterse en un coche amarillo conducido por un afroamericano con bigote y barba. La policía detuvo días más tarde a una pareja en la que concurrían todas estas características. En el proceso, un experto en estadística estableció que, valorando la posibilidad de ocurrencia de cada indicio por separado, había una probabilidad entre 12 millones de que esa pareja, con todas esas inusuales características, no fuera la autora del robo. El jurado emitió veredicto de culpabilidad, pero el Tribunal Supremo de California anuló la condena al entender que los hechos nunca debieron haberse declarado probados basándose en el dictamen estadístico. La prueba de los indicios, por añadidura, era insuficiente, y además se valoraron estadísticamente los indicios de forma independiente, combinándose después, lo que impidió al jurado darse cuenta de que parejas con esas características debía de haber decenas en Los Ángeles (*op. cit.,* p. 482). Lo curioso de este caso no fue tanto el resultado del proceso sino, como dicen los autores citados (*op. cit.,* p. 489), que un tribunal tomó en consideración la prueba estadística para declarar los hechos probados. Puede hallarse algún dato adicional de este caso en A. BEST, *Evidence,* Boston, 1994, p. 14.

que nadie vio que ninguna persona se acercara a la mesa, es igual a la posibilidad de que Caín haya robado (sin tener en cuenta ese indicio I), multiplicada por la posibilidad de que nadie se acercara a la mesa suponiendo que haya robado, dividido por la posibilidad de que Caín haya robado sin que nadie se haya acercado a la mesa, multiplicado por la posibilidad de que alguien se hubiera acercado a la mesa suponiendo que Caín haya robado, sumado a la posibilidad de que Caín no haya robado (sin que nadie se haya acercado la mesa) y multiplicado por la posibilidad de que nadie se haya acercado a la mesa suponiendo que Caín no haya robado.

Todo este galimatías tiene un sentido. Se trata de contrastar la posibilidad de que la hipótesis sea cierta con la posibilidad de que el indicio exista, combinando ambos acontecimientos para averiguar, finalmente, la probabilidad matemática de que se hayan producido juntos la hipótesis y el indicio [155]. Es decir, es exactamente lo mismo que cualquier juez pensaría intuitivamente, dado que trataría de averiguar justamente eso: «si nadie se acercó a la mesa, ¿es verosímil que el comensal que estaba sentado de frente robara la cámara?». Pero resulta que existe un teorema para determinar la probabilidad aritmética de que dichos acontecimientos se hayan producido de manera conjunta. El teorema se expresa en la siguiente fórmula:

$$P(I/H) = \frac{P(H)\,P(I/H)}{P(H)\,P(I/H) + P(noH)\,P(I/noH)}$$

Por supuesto, incluso aceptando que la culpabilidad de Caín pueda determinarse matemáticamente, el principal problema con el teorema de Bayes es que no tenemos ni la más remota idea de la probabilidad de que Caín haya robado [156], es decir, de eso que la doctrina llama *prior probabilities* [157]. Podemos saber la concurrencia del indicio I, puesto que en una escala del 0 al 1, es prácticamente seguro que nadie se acercó a la mesa, puesto que Caín estaba sentado de frente a la misma y no ha acusado a nadie de haberse acercado. Por tanto, su valor es 0,9. Podemos incluso saber la posibilidad aproximada de que Caín consiguiera robar habiéndose aproximado alguien, que es casi despreciable porque Caín no acusa a nadie, y por ello la podemos situar en el 0,1. Pero nos falta el valor de H, y por supuesto el de «no H», es decir, la hipótesis de que Caín no haya robado, aunque este segundo valor puede deducirse del primero. Si conseguimos determinar ese primer valor de H, lógicamente.

Para solucionar ese problema, la aplicación del teorema de Bayes se diversifica en dos variantes para conseguir calcular la probabilidad de H. De ese modo, se dice que P(H) puede ser calculada de forma objetiva o subjetiva. De manera objetiva se calcula cuando esa probabilidad se ha determina-

[155] Leída con calma, una buena explicación cabe hallarla en FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., pp. 498-499.

[156] *Vid.* TARUFFO, *La prueba,* cit., pp. 200-201.

[157] FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 500.

do previamente de forma estadística, como sucede con los tests de ADN. Y en este caso el teorema funciona, al menos, con bastante precisión, aunque también quepa discutir sus resultados, más allá del cálculo matemático de probabilidades. Pero en materia judicial no suele ser el caso de encontrarnos con un cálculo bastante objetivo, salvo el citado del ácido desoxirribonucleico, y alguno más.

Por eso se propone que P(H) se calcule de forma subjetiva. Es decir, que el juez introduzca, también del 0 al 1, la probabilidad que subjetiva y libremente considera [158], tras la apreciación de toda la prueba, de que Caín sea un ladrón, siempre que no sea posible fundarla en un dato estadístico [159]. De ese modo, supongamos que el juez le asigna en un primer hipotético caso a Caín un 0,8. Y supongamos, en segundo lugar, que otro juez más indulgente asigna a esa hipótesis en otro proceso distinto con análogos hechos, un valor de 0,2. De esa forma se puede calcular en cada proceso la posibilidad contraria a H otorgando a esa hipótesis negativa el porcentaje restante, es decir, respectivamente un 0,2 y un 0,8. Y, para hacerlo más sencillo, supongamos que el valor del indicio, siendo tan claro, permanece constante, como es el caso, puesto que es muy poco probable que alguien se acercara a la mesa sin ser visto por Caín. Recordemos que a ese indicio le hemos asignado, en consecuencia, un valor de 0,9. Aplicando la fórmula a estos valores resultaría:

— *Primer caso*:

$$\frac{(0{,}8)\,(0{,}9)}{(0{,}8)\,(0{,}9) + (0{,}2)\,(0{,}1)} = 0{,}97$$

— *Segundo caso*:

$$\frac{(0{,}2)\,(0{,}9)}{(0{,}2)\,(0{,}9) + (0{,}8)\,(0{,}1)} = 0{,}69$$

El anterior es un ejemplo no tan burdo, y el resultado se ajusta a la realidad, y corrige la apreciación subjetiva del juez. Tanto en el primer como en el segundo caso, la consideración de que Caín sea un ladrón es de una tre-

[158] Como explican FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 502: «...*each juror could then pick the prior estimate that most closely matched his own view of the evidence*». Y en *op. cit.*, p. 505: «*Moreover, in practice, differences among jurors who use Bayesian analysis will depend more on whether or not they believe the evidence establishing a subjective probability of guilt than on differences in the strength of their suspicions. If this evidence is desbelieved, the probability of defendant's guilt will be no stronger than that implied by defendant's belonging to the group of persons who have the trait in question, the size of that group being determined by statistical evidence. On the other hand, if evidence is believed, both the prior suspicion and the statistical evidence will usually be strong enough so that, as Table I demonstrates, variations in the posterior probabilities will be small relative to variations in the strength of the suspicion*». Este es justamente el punto atacado por L. H. TRIBE, «Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, p. 1358, quien ve enormes dificultades en que un jurado consiga cuantificar su apreciación.

[159] Que, naturalmente, se utilizaría. FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 500.

menda subjetividad, que curiosamente aparece corregida por la fórmula [160], puesto que en ambos casos la posibilidad de que Caín fuera culpable es muy alta, lo que se confirma con los escasísimos indicios disponibles que pudieran descartar su autoría. Y ello se compagina bastante bien con el *id quod plerumque accidit*, porque si Caín esta presente, de cara a la mesa, donde estaba la cámara, y no puede afirmar haber visto a nadie llevarse la cámara, todo conduce a pensar que el que se la llevó fue él, salvo que estuviera tremendamente distraído con el espectáculo.

La fórmula, en realidad, parece que trata de reducir a cifras el grado de confirmación de una hipótesis que normalmente cualquier juez realiza a través de la intuición. Y es completamente cierto que aunque en ambos casos lo más probable es que exista una condena, cualquier juez quedará más convencido de su sentencia si Caín tiene apariencia de ladrón que si no la tiene, lo cual viene reflejado en la fórmula transcrita. Y además, si hiciéramos que un juez valorara del 1 al 10 la posibilidad de que Caín sea culpable, en el primer caso cualquier juez le concedería casi un 10, y en el segundo, no teniendo Caín apariencia de ladrón, el juez expresaría su extrañeza concediendo una posibilidad de acierto de su juicio en torno al 7, y no inferior, al no poder luchar contra el hecho tangible de que si Caín estaba frente a la mesa, si alguien se llevó la cámara, Caín tuvo que verlo. Es decir, se confirman realmente los resultados que surgen aplicando la fórmula.

Por tanto, estamos ante otro modo de calcular el grado de confirmación de una hipótesis, esta vez aritmético. Y la verdad es que en ejemplos simples como el propuesto, lo cierto es que aparentemente funciona a las mil maravillas, porque parece racionalizar la intuición judicial, que es de lo que se está tratando desde un principio con todo lo que llevamos visto hasta el momento. Es por ello por lo que no pocos autores se han dejado deslumbrar por el teorema de Bayes, y hasta se ha llegado a utilizar en algunos procesos en la práctica, pero con resultados muy desiguales y siempre sometido a una constante crítica.

Se ha atacado el uso judicial del teorema de Bayes desde el punto de vista de que cualquier proceso judicial es mucho más complicado que lo que acabamos de exponer [161]. Pero lo que subyace en el fondo de todas las críticas es una cierta alergia [162] de los juristas por las matemáticas [163]. Si

---

[160] Éste es el mayor mérito que M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A comment on "Trial by Mathematics"», *Harvard Law Review,* vol. 84, 1971, pp. 1802-1803, conceden al teorema. La corrección de la subjetividad de los jurados, que no acaba influyendo de forma tan relevante en el resultado final.

[161] L. H. TRIBE, «Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», *Harvard Law Review,* vol. 84, 1971, pp. 1329 y ss. *Vid.* también L. H. TRIBE, «A further critique of mathematical Proof», *Harvard Law Review,* vol. 84, 1971, pp. 1810 y ss. *Vid.* también TARUFFO, *La prueba,* cit., pp. 198-199.

[162] Léanse si no las palabras de EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability,* p. XIII, en el prefacio de su libro: «*mathematical symbols and equations, which make much of what is written about probability theory distasteful, if not actually repellent, to lawyers, should be avoided*». *Vid.* también *op. cit.,* p. 146.

[163] *Vid.* GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos,* cit., p. 167.

se hubiera explicado en qué basó Bayes esa fórmula, es decir, de qué fenómenos naturales o teóricos le vino esa inspiración, sin duda su aceptación habría sido muy superior porque al menos seríamos capaces de entender su esencia. Pero ello no ha sido así, y por ello he intentado explicar antes que la fórmula está basada en combinar las probabilidades matemáticas de que dos acontecimientos se produzcan conjuntamente, porque eso es algo que casi todos aprendimos en el colegio a poco que hagamos un poco de memoria, y por ello nos resulta más familiar. Los juristas estamos, en general, imbuidos de que en matemáticas únicamente existen esquemas pitagóricos, que podamos comprobar prácticamente sólo con regla y cartabón. Desde luego, es fácil comprobar que en cualquier triángulo, el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos. Basta coger una regla y multiplicar los resultados por sí mismos. También solemos dejarnos fascinar por mediciones perfeccionistas, como las del hombre de Vitruvio, o incluso por series enigmáticas, como la de Fibonacci. Pero las fórmulas matemáticas solemos rechazarlas siempre, en el fondo, con el mismo argumento: que no son capaces de recoger la variedad de matices que tiene un juicio.

En honor a la verdad, entiendo que las matemáticas podrían ser mucho más útiles si los juristas poseyéramos más formación en ese campo. Desde luego que un método de cálculo no puede sustituir el contacto personal con un caso concreto, pero sí que puede hacerlo más racional [164], igual que ha sucedido en otros campos de la vida, como la selección de personal en las empresas, antes dependiente de una intuitiva entrevista personal, y que ahora se basa con frecuencia en una serie de tests hechos por expertos que han confirmado en muchos casos la adecuación de sus resultados y que, por ello, no pueden ser sistemáticamente despreciados. Creo que no se trata de sustituir el juicio jurisdiccional por un cálculo matemático, como se teme, sino de que se tenga en cuenta que la matemática puede ayudar más de lo que se cree, sobre todo en los casos en que existe una insuficiencia muy grande de vestigios, y en los que no queda otro remedio que acudir a las reglas de carga de la prueba [165]. Pero ésa ya es otra cuestión sobre la que trataré de centrarme después.

Volviendo al teorema de Bayes, entiendo que la crítica más importante que debería hacérsele, y quizás la única y que resume buena parte de las demás, y que habría de descartar por completo su uso en el ámbito judicial, es que es un teorema de probabilidad. Y la probabilidad es, por definición, una teoría matemática que regula los fenómenos aleatorios.

---

[164] Esa era la conclusión final de FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 517, es decir, que los jurados, teniendo en cuenta que su valoración tenía que ser cuantificada, realizarían esa labor de forma más precisa. Pero al mismo tiempo advertían de que los jurados no debían sobrestimar las posibilidades de una estadística, adaptando su convicción a los resultados. También en M. FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A comment on "Trial by Mathematics"», cit., p. 1802.

[165] Precisamente para evitar tener que acudir a dicha institución buscando algún otro indicio que no sea el comportamiento probatorio de las partes. Con ello quizás se harían realidad, al menos parcialmente, las predicciones en este sentido de MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria,* cit., p. 46, que apuntaba en esta dirección de que la prueba de indicios podía hacer desaparecer el mito del *onus probandi.*

Pues bien, un juicio jurisdiccional *no es un fenómeno aleatorio*. Aleatorio es aquel supuesto en el que es posible conocer todos los posibles resultados, pero es imposible predecir cuál de esos resultados surgirá en ese supuesto concreto. Y el juicio jurisdiccional no es aleatorio, sino francamente imprevisible aunque se conozcan todas las variables en juego, cuando se conocen, porque no se puede determinar prácticamente nunca con exhaustividad cuál va a ser el resultado final. No depende de la fuerza con la que se active una ruleta, ni mucho menos de unos dados, ni siquiera de los imaginados por RABELAIS [166]. Depende de una serie de datos que la mente de un ser humano tomará en consideración de la forma que vimos anteriormente. Pero la clave está en que, normalmente, no se conocen todos los datos, pero es que aunque se conocieran, el resultado del juicio continuaría siendo impredecible, al menos en el ámbito probatorio, porque depende, insisto, de una mente humana, que no siempre sigue una misma racionalidad. Casi todo es inseguro al hablar de prueba, puesto que dependemos en muchas ocasiones de la «credibilidad» de un medio de prueba, como veremos más adelante, y ello distorsiona cualquier cálculo cerrado de expectativas que intente realizarse.

En cambio, en la teoría matemática de la probabilidad, los datos previos suelen ser conocidos, y lo que es siempre impredecible es el resultado final, pero se sabe cuáles son los posibles resultados. En materia probatoria sucede lo contrario, porque nunca se conocen hasta las últimas consecuencias los posibles resultados del juicio. Es por ello por lo que el teorema de Bayes no hubiera debido ser aplicado nunca al ámbito judicial, ya que no estamos ante un suceso aleatorio. Es posible que, en ocasiones, ante las resoluciones ciertamente sorprendentes que por desgracia acaecen (sobre todo de ciertos jurados), haya podido parecer, desde fuera, que los fallos son aleatorios. Pero ciertamente no lo son. Siempre son explicables *a posteriori*, pero es prácticamente imposible determinar *a priori* los posibles resultados de un proceso. Por eso, con frecuencia, se llega a transacciones que evitan que el proceso se celebre. Pero eso no quiere decir que el proceso sea una lotería, como se escucha con frecuencia, sino que depende de factores humanos que es imposible determinar exhaustivamente con carácter previo [167].

Por ello, el uso del teorema de Bayes tiene un ámbito necesariamente limitado. Puede servir para que un juez valore qué grado de confirmación matemático puede tener la hipótesis que ha declarado probada. Pero ahí se acaba su función: intentar medir la intuición. Pero ni siquiera es seguro que el cómputo que surja sea del todo correcto en la realidad [168], porque se trata de aplicar una fórmula concebida para calcular la probabilidad de aconteci-

---

[166] F. RABELAIS, *Faits et dits du Géant Gargantua et de son fils Pantagruel,* 1732, cap. 37, pp. 252 y ss.

[167] Como dice AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo...,* cit., pp. 285-286, «pedirle a un jurado una apuesta sobre un evento pasado, cuando ya conoce por hipótesis toda la evidencia relevante que verosímilmente se puede obtener, es usar el concepto de apuesta en un contexto difícilmente apropiado. El problema aquí no es que no haya técnicas para inventar cocientes de apuestas, sino que en ciertas situaciones la aceptación de un cociente de apuesta es irracional. No se puede aceptar apuestas sobre cuestiones no siempre decidibles».

[168] *Vid.* TRIBE, «A further critique», cit., pp. 1818.

mientos aleatorios. Insisto en que un juicio jurisdiccional no es un acontecimiento aleatorio. Aleatoria es la posibilidad de que muera una persona por un disparo en el pecho. Pero el juicio jurisdiccional que condene o absuelva a esa persona nunca será aleatorio.

B) Otros cálculos matemáticos de probabilidad. Utilidad del enfoque probabilístico matemático

Diversos autores han intentado un acercamiento a la materia similar al de las «inferencias bayesianas». Algunos fueron formulados antes incluso del uso judicial del teorema de Bayes, aunque incluyan también aspectos de dicho teorema. Para conocer sus detalles debe acudirse fundamentalmente a Ekelöf [169], que propuso un sistema en el que el juez evaluaba por tantos por ciento sus certezas sobre los hechos, básicamente a fin de evitar la aplicación de las reglas de carga de prueba. Aunque quedaba siempre la duda de que cuando el juez no podía acudir a datos estadísticos, el resultado probatorio siempre dependía de su simple intuición, por más que se quisiera racionalizar [170], lo que nos devolvía a los mismos problemas de los esquemas vistos en epígrafes anteriores [171].

Otros autores [172] también han realizado intentos matemáticos o semimatemáticos para valorar la prueba, pero tiene escaso interés referir aquí sus teorías, básicamente porque todas topan con el mismo problema de siempre. Existe una inevitable indeterminación del grado de confirmación de los indicios de los que depende el cálculo de la probabilidad, simplemente porque dicho grado se construye a través de la libre valoración del juez, que atribuirá más valor o menos a un indicio según su conciencia, conciencia que resulta inexplicable con exactitud en no pocas ocasiones. Y ello hace que los males que encontró el teorema de Bayes se trasladen a cualquier otro intento en este sentido [173].

Aísa Moreu [174] concluye exactamente lo mismo. El cálculo matemático de la probabilidad es injusto si el mismo se utiliza para averiguar la absolución o la condena. La estadística es muy útil para los peritos a la hora de exponer sus conclusiones al tribunal, conclusiones que serán valoradas libre-

---

[169] P. O. Ekelöf, «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins», *ZZP*, núm. 75 (1962), pp. 289 y ss.

[170] Ekelöf, «Beweiswürdigung, Beweislast...», cit., p. 295.

[171] *Vid.* otras críticas en Patti, «Libero convincimento», cit., p. 505, quien opone además que, normalmente, el demandante siempre está en mejor posición de aportar una prueba que, de entrada, sea más convincente, lo que sería suficiente para inclinar la balanza del 50 al 51 por 100, lo que le daría la razón en el sistema de Ekelöf.

[172] Un magnífico resumen de los mismos puede encontrarse en Taruffo, *La prueba,* cit., pp. 206 y ss.

[173] Como concluye Taruffo, *La prueba,* cit., p. 217, «no tiene mucho sentido, en realidad, elaborar cálculos sofisticados si los datos cuantitativos sobre los que se fundan son inciertos o inventados».

[174] Aísa Moreu, *El razonamiento inductivo…,* cit., p. 281.

mente por los jueces [175]. Pero el juez, al emitir su condena, no puede basarse en cálculos matemáticos probabilísticos, porque dichos cálculos, como dije, atienden a una realidad diferente: la de los sucesos aleatorios. Y esa realidad aleatoria no es la judicial.

Por ello, es escasa la utilidad del enfoque matemático en la valoración de la prueba. Ni siquiera cuando se trata de procesos de determinación de la filiación, o incluso de procesos penales que, encontrando restos biológicos de un lugar, atribuyen una tremenda probabilidad de que esos restos sean de una determinada persona. Ello es así porque el hecho de encontrar restos biológicos en un lugar ni siquiera demuestra a ciencia cierta que la persona de la que salieron estuviera en algún momento allí. Por otra parte, la prueba biológica de la paternidad está basada en cálculos estadísticos de perfiles poblacionales de ADN, que son muy útiles para el perito a la hora de elaborar su dictamen. Pero se trata de dictámenes periciales que el juez debe valorar libremente, más adelante veremos cómo. Sin embargo, no determinan con un 100 por 100 de certeza la filiación, y por ello deben ser valorados atendiendo a la existencia de otras pruebas, porque el margen de error en la prueba de ADN siempre existe, como en toda estadística, y no podemos creer ciegamente dicha estadística [176]. Si algún día el análisis del ADN y otros análisis de presencia vírica o de células cancerígenas, por ejemplo, dejaran de depender de esos cálculos estadísticos y se eliminaran los falsos positivos, desde luego que el dictamen pericial no tendría posibilidad de contradicción. Cuando llegue ese momento, el juez deberá creer al perito, pero no porque sus cálculos probabilísticos sean acertados, sino porque esos cálculos habrán dejado de existir y no tendrá otra alternativa. Se habrá creado, entonces, una prueba de valoración legal en la que la aritmética no tendrá, en principio, nada que ver.

No obstante, el cálculo matemático puede ser útil al juez, como ya dije al explicar el teorema de Bayes. No está de más saber qué probabilidad existe de que algo haya sucedido, considerándolo por unos instantes como si fuera un acontecimiento aleatorio. Tal y como se indicó, cuando existe una gran insuficiencia de prueba, de manera que no queda otro remedio que acudir a las reglas de carga de la prueba, recurrir a la comprobación estadística

---

175 *Ibid.*, p. 283.

176 A. Tversky y D. Kahneman, «Evidential impact of base rates», en Kahneman, Slovic y Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, 1982, pp. 153-154, explican a la perfección, y demuestran experimentalmente, la incidencia del heurístico de la representatividad, que de hecho provoca el problema anunciado en el texto principal: «*Predictions by representativeness or similarity are generally insensitive to bas-rate frequencies. However, the phenomenon of base-rate neglect is far more general, since it also occurs in judgments that cannot be readily interpreted in terms of representativeness (...). For example, Casscells, Schoenberger, and Grayboys (1978) presented 60 students and staff at Harvard Medical School with the following question: If a test to detect a disease whose prevalence is 1/1000 has a false positive rate of 5 per 100, what is the chance that a person found to have a positive result actually has the disease, assuming you know nothing about the person's symptoms or signs?* (p. 999). *The most common response, given by almost half of the participants, was 95 per 100. The average answer was 56 per 100, and only 11 participants gave the appropiate response of 2 per 100, assuming the test correctly diagnoses every person who has the disease. Evidently, ven highly educated respondents often fail to appreciate the significance of outcome base rate in relatively simple formal problems*».

no tiene por qué evitar acudir a dichas reglas, pero sí que es posible que haga que el recurso a dichas reglas sea más racional. Cuando las reglas de carga de la prueba entran en juego, en realidad lo que hacemos es valorar la conducta de los sujetos procesales, a falta de cualquier otro elemento más convincente. Y si nos parece que ese litigante tiene a disposición la prueba y no la aporta al proceso, inferimos de ese indicio que la está ocultando y, por tanto, interpretamos en su contra el posible resultado que hubiera aportado esa prueba. Ello no es más que un proceso lógico en el que empleamos las máximas de experiencia para valorar la conducta del litigante. Pero no deja de ser un recurso *in extremis*, porque no pocas veces el litigante no aporta la prueba, no porque la oculte, sino porque verdaderamente no la tiene aunque no lo pueda demostrar. Y en ese caso la sentencia es injusta.

En estos supuestos puede ser útil determinar las probabilidades de ocurrencia de ese acontecimiento que se intenta probar, pero que no existen vestigios que lo puedan demostrar. La estadística no puede convertirse en algo que haga que el juez decida en un sentido o en otro, no ya porque sea rechazable que el juez juzgue como una máquina, sino porque se está tratando a ese hecho que se ha sometido a estadística como si fuera un acontecimiento aleatorio, cuando en realidad, insisto una vez más, no lo es. Pero no está de más observar qué sucedería si el hecho verdaderamente fuera aleatorio, y para ello sería necesario que el juez conociera los heurísticos estadísticos, que en buena medida reducirían la incidencia de los heurísticos psicológicos antes estudiados [177]. Es posible que ello complemente el juicio jurisdiccional cuando la actividad probatoria es tan insuficiente que debe ser basada, en último extremo y a falta de nada mejor, en la valoración de la conducta de una de las partes, es decir, en la carga de la prueba.

Ello puede ser especialmente útil en el proceso civil, pero no realmente en el penal, y es preciso advertirlo ya desde este momento. En el proceso penal existe un principio o directriz que en general se formula actualmente como «presunción de inocencia» —antiguamente llamado *in dubio pro reo*— [178] y que no aparece siempre como una regla de carga de la prueba, sino que normalmente se comporta como si fuera una regla legal de valoración [179], dado que toda ausencia o insuficiencia de prueba debe interpretarse a favor de reo, de manera que cuando se emita una sentencia absolutoria por falta de pruebas no quede ninguna sombra de duda sobre la inocencia del absuelto, que se produciría a buen seguro en caso contrario [180]. La presunción de inocencia no existe porque se crea que si no hay prueba contra el acusado es porque el acusador la está ocultando. Existe ese principio desde muy antiguo

[177] En este sentido, R. Nisbett, D. H. Krantz, D. Jepson y Z. Kunda, «The Use of Statistical Heuristics in Everyday Reasoning», *Psychological Review,* 1983, 90, pp. 339 y ss.

[178] *Vid.* Nieva Fenoll, *El hecho y el Derecho en la casación penal,* Barcelona, 2000, pp. 186 y ss., así como la bibliografía allí citada.

[179] *Vid.*, en este interesante punto, en similar sentido, reconociendo que la presunción de inocencia es una restricción a la libre valoración, Meurer, «Beweis und Beweisregeln im Deutschen Strafprozeß», *FS Oehler,* 1985, p. 360.

[180] M. Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal,* Barcelona, 1997, pp. 619-620.

a fin de superar la sensación sociológica de culpabilidad que cualquier reo inspira una vez que ha resultado acusado. Sea inocente o culpable, cualquier presente en una sala de justicia tiende a considerar culpable al reo que está sentado en el banquillo. Con el fin de superar este antiquísimo sesgo existe también el muy antiguo principio de la presunción de inocencia [181].

En todo caso, está fuera de lugar utilizar cálculos estadísticos en este contexto judicial, y hasta puede llevar a partir de premisas inaceptables si se derivan de variables raciales o poblacionales, como las que están presentes en las pruebas de ADN. Semejantes usos deben ser desterrados de la valoración de la prueba, salvo que, como ya dije, el cálculo deje de depender un día de la estadística y, por tanto, resulte irrebatible.

5. EL ENFOQUE SOCIOLÓGICO

Este enfoque no ha sido demasiado estudiado por los tratadistas de la prueba [182], sino por los filósofos del Derecho [183] y en parte por algunos psicólogos [184]. La cuestión de los poderes probatorios del juez también ha sido abordada en ocasiones desde el punto de vista sociológico [185].

Sin embargo, la sociología es una ciencia bastante citada, aunque normalmente de pasada, en el mundo del Derecho. Es asumida como inevitable, como la mejor manera de explicar el mundo incluso [186]. Aunque quizás por ello haya sido normalmente ignorada al estudiar el juicio jurisdiccional [187], salvo en los sistemas jurídicos en los que el enfoque ideológico era más que fundamental [188].

Se trata evidentemente de un enfoque muy tenido en cuenta en muchos momentos, por ejemplo para la selección de jueces de tribunales inferiores [189] y superiores en más de una ocasión [190]. Desgraciada ocasión en cualquier caso, porque un juez, en principio, no debiera ser seleccionado por este tipo de motivos. Me estoy refiriendo, lógicamente, a la ideología política o moral

---

181 Lo enunciaba nada menos que la Partida III, tít. XVI, Ley 40: «*porque los Judgadores siempre deven ser aparejados, mas para quitar al demandado que para condenarlo, quando fallassen derechas razones para fazerlo*».

182 Con alguna excepción. *Vid.* MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria,* cit., p. 70. G. STAHLMANN, «Sozialwissenschaftliche Überlegungen zur zivilprozessualen Beweislehre», *JA,* 1978, p. 270. TARUFFO, *La semplice verità,* cit., pp. 58 y ss.

183 *Vid.*, por ejemplo, R. DWORKIN, «Can rights be controversial?», en *Taking rights seriously,* London, 1977, pp. 279 y ss.

184 J. SOBRAL FERNÁNDEZ, «An enquiry into judicial decisions», en REDONDO, GARRIDO, PÉREZ y BARBERET, *Advances in Psychology and Law,* Berlin-New York, 1997, pp. 227 y ss.

185 MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos,* Valencia, 2006.

186 B. LEITER, *Naturalizing jurisprudence,* Oxford (Mass.) 2007, p. 203.

187 Salvo excepciones. *Vid.* M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio jurisdiccional», en *Estudios de Derecho Procesal,* Barcelona, 1969, pp. 106 y ss.

188 WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowietischen Recht,* cit., p. 190.

189 M. J. SAKS y R. HASTIE, «Social psychology in court: The judge», en ARKES y HAMMOND (eds.), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader,* Cambridge, 1986, pp. 257 y ss.

190 *Vid.* R. A. POSNER, *How judges think,* Cambridge (Massachusetts), 2008, pp. 20 y ss.

del juez, a su concepción del mundo económica y culturalmente hablando, a su manera de pensar y relacionarse con el resto de seres humanos. Es decir, estoy haciendo referencia al juez en sociedad.

Como decía, el enfoque sociológico ha sido utilizado con frecuencia, aunque la mayor parte de las veces se han escrito poco más que vaguedades y obviedades. Se ha destacado el hecho de que el juez, efectivamente, tiene en cuenta lo que lee en la prensa, lo que dicen sus vecinos, y desde luego, según lo que tenga que decidir, valora el impacto social de su decisión. Pero todo ello se explica bien a través del sesgo de la presión social referido anteriormente y, por tanto, no parece que haya que adoptar otro enfoque para entender esa actitud profundamente psicológica del juez.

Podría pensarse que la ideología del juez influye en el global de la decisión judicial, y desde luego así es, incluso cuando no lo parece. Pero lo que nos interesa saber es en qué medida esa ideología condiciona su juicio sobre la prueba. Un primer indicio es que buena parte de las llamadas «máximas de experiencia» no son más que manifestaciones de la ideología del juez. Si ello es así y las máximas de experiencia sirven para construir todo el razonamiento presuntivo, cabe comprender con facilidad hasta qué punto puede ser importante referirse, aunque sea brevemente, a este enfoque sociológico.

A) La influencia de la ideología del juez en la prueba

Todo lo que se ha dicho sobre la influencia de la ideología y moral del juez en los juicios jurisdiccionales en general [191], no es fácil concretarlo exclusivamente en la parte probatoria de las sentencias. La conclusión que queda al final de esas lecturas es que el juez no se muestra indiferente ante lo que observa en el juzgado, y que desde luego le influyen sus propias convicciones a la hora de dictar sentencia. Ello puede tener una explicación relativamente sencilla de apuntar, pero complicadísima de desarrollar sin caer en ambigüedades, cuando se trata de explicar la influencia de la moral del juez en la interpretación del ordenamiento jurídico. Y eso es lo que, en general, se ha intentado hasta el momento.

Pero parece que cuando hablamos de la prueba, no parecería honesto que el juez se dejara influir por sus condicionamientos ideológicos, aprendidos o ganados espontáneamente a través de experiencias previas [192]. Podemos consentirlo en parte cuando se trata de interpretar el ordenamiento jurídico, pero parece excesivo permitírselo en una actividad que pretende ser mucho más objetiva como es la valoración probatoria. Pero sin duda lo hace, porque es inevitable que cualquier persona aplique su visión del mundo, al menos en parte, a cualquier actividad cotidiana. Es muy difícil valorar la credibilidad de un testigo, realmente, sin dejarse influir en absoluto por su aspecto o su aparente manera de vida. Aunque solamente sea en la receptividad a la hora

---

[191] *Vid.* Leiter, *Naturalizing jurisprudence,* cit., pp. 225 y ss.

[192] Posner, *How judges think,* cit., p. 75, apunta, por ejemplo, que una mujer es más dada a entender la discriminación sexual porque es bastante probable que la haya padecido personalmente.

de escuchar el testimonio, la actitud del juez es distinta si cree estar ante alguien que entiende socialmente próximo, o al menos se solidariza con su condición o con la ideología que cree que tiene. Es difícil que el juez tenga simpatías por un ultraderechista declarado, si dicho juzgador posee una ideología de izquierdas. Tenderá a no creerle, es inevitable, y será mucho peor cuando se trate, no de un testigo, sino de la parte litigante. Lo mismo va a suceder cuando escuche a un perito. Aunque parezca increible le merecerá mayor crédito, de entrada, alguien vestido de la forma que a él le parece adecuada, que otro cuya apariencia no sea esa. Otra cosa es que después de escucharle cambie su parecer siendo consciente de su prejuicio. Pero estará allí.

Lo mismo puede decirse incluso de la manera de hablar o de expresarse de las personas. Constantemente emitimos juicios de valor sobre la gente tomando como fundamento esos extremos, lo cual, de hecho, salvo cuando se estudia y analiza de modo científico [193], no deja de ser bastante estúpido si se hace de manera intuitiva, pero más estúpido sería negar que sucede. Y, por supuesto, también influye en el juez la temática del pleito. Un homicidio que tenga como pretexto una eutanasia, no va a ser valorado igual por un juez profundamente religioso que por un juez ateo. La prueba que escucharán ambos jueces será exactamente la misma, sin variación alguna. Pero la forma de enfrentarla será distinta, lo cual también va a influir en la severidad de su juicio sobre la prueba [194].

Ahora bien, diferente cuestión es que ello sea legítimo. Es decir, el juez, cuando valora la prueba, tiene que defender los valores constitucionales que estén vigentes en el país que ejerza. Ahora bien, es profundamente cuestionable que pueda aplicar también sus valores morales, sean cuales fueren, a la hora de juzgar, porque el ordenamiento jurídico lo cierto es que no le autoriza a que lo haga. Exactamente igual que no le permite objetar su conciencia para incumplir un precepto del ordenamiento.

Pero centrándonos en la temática probatoria, debemos de ser conscientes de que este enfoque sociológico se separa por completo de los cuatro anteriores. Su objetivo es distinto. Trata simplemente de dar razones, normalmente *a posteriori*, por las que los juicios son de un modo u otro. Pero por más que se haya pretendido lo contrario [195], no permite establecer grado de confirmación alguno sobre las hipótesis probatorias, ni las *prior probabilities* ni nada que se le parezca. Ni tan siquiera pretende ayudar al juez a construir debidamente su razonamiento probatorio, dado que la ideología del juez es algo que pertenece a su fuero interno, y es más que posible que ni siquiera dicho juez sea consciente realmente de hasta qué punto le condiciona su ideología. Imagínense las dificultades de las partes al realizar la misma misión, salvo

---

[193] *Vid.* J.-E. Dimitrius y M. Mazzarella, *A primera vista,* trad. de *Reading people,* Barcelona, 1999.

[194] Decía Dworkin, «Can rights be controversial?», cit., p. 279: «*If a prosecutor is required to decide whether protesters have a moral right to protest, or whether economic damage is recoverable in tort, then all the public is entitled to expect is that his choice will be made honestly and in a cool moment, free from bias or passion or zeal*».

[195] Posner, *How judges think,* cit., p. 73.

que intenten valorar esa cuestión a través de tópicos o prejuicios. Por tanto, siendo ello así, deberíamos abandonar aquí el análisis.

Sin embargo, a pesar de todo, este enfoque tiene una utilidad muy precisa. Hemos visto a lo largo de toda la explicación que precede que el problema en materia de valoración de la prueba siempre es el mismo. Establecer el grado de confirmación de las hipótesis. Y es que el resto de la actividad de valoración la podemos preparar y sistematizar, pero cuando nos enfrentamos a la cuestión del grado de confirmación siempre nos topamos con la inevitable subjetividad judicial. Pues bien, el tomar conciencia de los condicionantes sociológicos del juez es algo verdaderamente importante para conseguir acotar un poco más ese cálculo del grado de confirmación [196], aunque no sea determinable con exactitud. Sobre todo es imprescindible que el juez tome conciencia de esos condicionantes, puesto que es seguro que de ese modo logrará ser más objetivo a la hora de establecer el grado de confirmación de las hipótesis.

Si el juez pertenece a asociaciones con un sesgo moral o ideológico, será más sencillo que las partes puedan controlar esos aspectos. Aunque también es preciso decir a renglón seguido que es demasiado fácil, y profundamente inseguro jurídicamente hablando, descalificar un juicio jurisdiccional por las creencias ideológicas de quien lo ha dictado. Pero asumamos que normalmente ello no va a ser posible. Podríamos prohibir que el juez perteneciera a cualesquiera asociaciones, pero ello sería una ingenuidad. De hecho, es bueno que pertenezca porque de ese modo da pistas sobre su ideología, lo que puede permitirle abstenerse con toda honestidad, o incluso es factible recusarle si no lo ha hecho. En un espacio de libertad, toda ideología que no excluya dicha libertad no puede ser vergonzante en ningún sentido. Simplemente es preciso que se sea consciente de que esa ideología existe. La misma no tiene por qué incapacitar para juzgar, ni mucho menos. Y ni siquiera tiene por qué ser conocida, porque pertenece al espacio de intimidad de las personas. Pero si esa ideología puede influir de alguna manera en el juicio probatorio, el juez debería optar por abstenerse.

Pero no perdamos la perspectiva. El enfoque sociológico nos puede servir para establecer en algunos casos alguna razón adicional de por qué el juez atribuye un cierto grado de confirmación a una hipótesis. Dicho de un modo más sencillo, por qué le da más credibilidad a un determinado medio de prueba. Pero la pregunta que surge ahora es cómo controlar eso. Es decir, cómo criticar legítimamente desde un punto de vista ideológico la credibilidad que el juez, por ejemplo, atribuye a un testigo.

B) La importancia de la motivación. Utilidad del enfoque sociológico

La clave para conseguirlo está en la motivación. Poquísimas veces exponen los jueces motivos ideológicos en sus sentencias. Y cuando lo hacen,

---

[196] *Ibid.*, p. 69.

suelen ser criticadísimos, porque se piensa que están yendo más allá de una supuesta objetividad que reclama el ordenamiento jurídico, más allá de la imparcialidad y hasta de la propia independencia [197].

Pero cuando realizan ese tipo de motivaciones, lo cierto es que sus juicios son mucho más controlables. Suelen anularse ese tipo de sentencias, porque se descubre que el juez tenía su juicio profundamente sesgado. Algunas de esas resoluciones les han costado incluso sanciones a unos pocos juzgadores, que muchas veces han sido completamente apropiadas.

Pues bien, esa motivación es la que va a permitir, en primer lugar al juez, darse cuenta de que está emitiendo un fallo probatorio por motivos ideológicos. Cuando redacte la sentencia descubrirá que le es casi imposible separarse de los mismos, e incluso verá con asombro cómo dejando al margen su ideología, lo cierto es que su juicio tiene una carencia casi absoluta de motivación. Y si ello es así, es posible que deba abstenerse. No es aceptable que un juez crea más a un perito porque le ha parecido que tiene su misma ideología, o porque se encuadra más en el parámetro de lo que él/ella considera ideológicamente «normal». Ese uso del *id quod plerumque accidit* es completamente inoportuno e inadecuado, puesto que lo que le parezca normal al juez no tiene por qué ser lo que normalmente sucede, ni siquiera lo que deba suceder. Un juez que vive en sociedad suele vivir imbuido de la ideología reinante. Cuando las leyes del siglo XIX citaban como un estándar del hombre medio al «buen padre de familia», la mayoría de los jueces sabían muy bien cómo se suponía que debía ser un buen padre de familia. Actualmente el juicio sería muy distinto, y ni siquiera ese padre procreador sería considerado el «hombre medio» en nuestra sociedad.

Pues bien, es dificilísimo separar la ideología reinante de la ideología particular, puesto que como enseña el sesgo egocéntrico [198] al que me referí más atrás, la mayoría de la población tiende a pensar que lo que creen ellos es compartido por todo el mundo, o al menos por los que ellos consideran «buenas personas», lo cual resulta completamente inaceptable en un juez.

El único modo de percatarse de ello es, como acabo de decir, la motivación. Es posible que el juez, incluso después de motivar, no se dé cuenta de que lo que ha escrito tiene un sesgo ideológico evidente que descarta su objetividad, pero sí que lo percibirán las partes. El problema suele ser que esa exposición ideológica no se encuentra normalmente en la sentencia. Y por ello, medir el grado de confirmación a través de este enfoque sociológico será normalmente misión imposible. Al margen de que para hacerlo es posible que haya que acabar acusando al juez de prevaricación.

---

[197] Decía R. DWORKIN, «On interpretation of objectivity», en *A matter of principle,* Cambridge (Mass), 1985, p. 171-174. «*I have no arguments for the objectivity of moral judgments, but moral arguments. (...) I am actually saying that moral or aesthetic or interpretative judgments cannot possibly describe an independent objective reality. But that is not what I said. I said that the question of "independence" and "reality" are, for any practice, is a question within the practice, so that whether moral judgments can be objective is itself a moral question, and whether there is objectivity in interpretation is itself a question of interpretation*».

[198] ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, «La toma de decisiones», cit., p. 344.

Por estas razones, el enfoque sociológico no es el más útil a la hora de tratar la valoración de la prueba. Debe ser tenido en cuenta, desde luego que sí, pero como una última solución cuando han fallado todo el resto de explicaciones ofrecidas hasta el momento. Es posible que la credibilidad que el juez atribuya a un perito dependa de los estudios que diga tener dicho perito, y la consideración que por los mismos tenga el juez, lo que históricamente ha planteado diversos problemas con los psicólogos, por ejemplo. Pero esa reluctancia del juez es difícil de acreditar. Debe ser tenida en cuenta, pero hay que exponer claramente que los mecanismos para descubrirla, especialmente en la fase de valoración probatoria, son prácticamente inexistentes, salvo que el juez se descubra a sí mismo en la motivación. Porque lo normal es que toda esa carga ideológica quede en su fuero interno [199].

6. CONCLUSIÓN: LA BÚSQUEDA (O NO) DE LA VERDAD

Tras toda la exposición que precede, junto con la del capítulo anterior, estamos por fin en condiciones de confirmar si se ajustan a la realidad autorizadas afirmaciones como que «lo lógico hubiera sido abandonar para siempre el concepto de verdad como fin de la prueba jurídica» [200], o que «la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil» [201], o que «el juez no averigua la verdad en realidad en ningún sentido» [202], o bien incluso poner en cuestión «que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad» [203], o finalmente que «si bien lo más simple sería llegar a suponer que la prueba tiene por objeto la búsqueda de la verdad, tal afirmación no pasa de ser, si se me permite la redundancia, una verdad a medias» [204].

También se ha dicho con mucha reiteración por diversos autores que lo que se persigue en el proceso es simplemente la convicción o certidumbre del juez [205], y no de un juez medio, sino de ese concreto juez [206], añadiéndose en ocasiones la variable de la aceptación social de la resolución judicial [207]. Pero siguen existiendo frecuentes pronunciamientos en pro de la verdad como fin de la prueba. Los ha habido históricamente y los sigue habiendo hoy en día,

---

[199] *Vid.* Leiter, *Naturalizing jurisprudence,* cit., p. 227.

[200] Serra Domínguez, «Contribución», cit., p. 357.

[201] Montero Aroca, *La prueba,* cit., p. 45.

[202] Eggleston, *Evidence, Proof and Probability,* cit., p. 1: «*But the judge does not ascertain the truth in any real sense*».

[203] Taruffo, *La prueba,* cit., p. 181.

[204] Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria,* cit., p. 61. Aunque este autor matizaba de manera relevante esta afirmación, como veremos después. Otras opiniones negacionistas de la verdad pueden leerse en Cabañas García, *La valoración de las pruebas,* cit., p. 16.

[205] Por citar uno menos frecuente en la doctrina española, Eggleston, *Evidence, Proof and Probability,* cit., p. 31: «*What he does is to make a decision which appears to him to be justifiable on the material presented to him*». *Vid.* también S. Patti, «Libero convincimento e valutazione delle prove», *Riv. Dir. Proc.,* 1985, p. 486 y 498.

[206] Prütting, *Comentario al § 286 ZPO,* cit., p. 1781.

[207] Cabañas García, *La valoración de las pruebas,* cit., pp. 21-22.

y los hemos citado en su momento, de tal modo que cabría decir que sobre la cuestión de la verdad a día de hoy está la doctrina dividida.

Lo que quizás cabría preguntarse es si estamos ante una cuestión relevante, o en realidad nos hallamos simplemente ante un simple punto de partida filosófico que trata de encauzar el estudio de la prueba [208]. Lo cierto es que se ha hablado tanto del tema que parece sacrílego apuntar algo así en este momento. Pero si se piensa que, en el ámbito del Derecho Procesal, toda la discusión proviene, en el fondo, de la discusión sobre los conceptos de verdad formal y verdad material de la Doctrina alemana del XIX, cuya relevancia ya fue ampliamente analizada, queda la sensación de que quizás estemos prolongando una discusión que en su momento fue claramente sobredimensionada, puesto que nadie llegó a decir originariamente que hubieran dos tipos de verdades, sino que el resultado que se obtenía con las pruebas legales no solía ser, evidentemente, la verdad. Simplemente se pretendió eso. ENDEMANN [209], como ya fue referido, no pretendía otra cosa. En realidad, se trataba de reproducir las quejas de BENTHAM [210] explicándolas con terminología distinta.

Pero no se quiso añadir prácticamente nada más, salvo la cuestión del principio de aportación de parte. De hecho, justamente de la puesta en interrogante de este principio nace la dimensión política que el tema ha alcanzado para algunos autores. Ciertamente, los primeros que hablaron de la verdad material también pusieron en cuestión el principio de aportación de parte. Y una exageración evidente de esa línea de pensamiento lleva a la conclusión de que el juez actuará de oficio, sin límites, en materia probatoria, situación inquisitiva que se pretendió maquillar recurriendo a un concepto eufónico como el de «verdad», que además existía la ventaja de que ya había sido introducido en toda la argumentación de ENDEMANN. Pero ello no puede llevar a pensar que los que, sin compartir en absoluto esa exageración, defiendan la verdad como objetivo de la prueba, sean fascistas, ni que la participación oficial del juez en la prueba sea siempre una manifestación de autoritarismo. Pero esta última es otra cuestión completamente distinta en la que no puedo entrar ahora [211].

Centrándome en el tema de la verdad, es obvio que en el proceso se puede dictar sentencia sin que el resultado haya sido el averiguamiento de la verdad. Eso ha sido así desde la época de las ordalías, y no constituye ninguna

[208] Ya lo sugirió en su día C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale,* Padova, 1940, y siguió esa orientación JIMÉNEZ CONDE, «La apreciación de la prueba legal», cit., p. 36.

[209] Es curioso que en una sola frase se condensara prácticamente el total de la discusión que vino después. ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung», cit., p. 93: «*Es ist bekannt, daß der Civilprozeß, indem er sich auf die sogenannten Verhandlungsmaxime, die man lange Zeit sonderbar genug für ein Palladium der Gerechtigkeit gehalten hat, stützt, keineswegs die materielle Wahrheit der Parteibehauptungen zu Grunde zu legen vermag*».

[210] BENTHAM, *Traité...*, cit., pp. 9 y ss.

[211] *Vid.* sobre el particular J. F. ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC,* Valencia, 2003. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio,* Bogotá, 2004. X. ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil,* Barcelona, 2005, así como los numerosos artículos de diversos autores contenidos en MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos,* Valencia, 2006.

novedad. Ahora bien, deben destacarse dos cuestiones. En primer lugar, que en ocasiones en el proceso sí que es posible alcanzar la verdad. Y en segundo lugar, que no es preciso alcanzarla para poder dictar sentencia.

La primera conclusión es muy sencilla de justificar. Cuando en un proceso se ordena una prueba pericial para averiguar si el demandante está enfermo de tuberculosis, si los exámenes son positivos, ese hecho será cierto. Se habrá alcanzado la verdad. Y así en cualquier otra situación en la que las conclusiones del medio de prueba no dejen lugar a la duda. Por tanto, es muy fácil demostrar científicamente y sin posibilidad de duda que la prueba puede averiguar la verdad.

Pero, como decía, en ocasiones no es preciso, ni tan siquiera posible, alcanzar esa verdad para poder dictar sentencia. Y en este punto es en el que la doctrina ha percibido la necesidad de determinar una finalidad metafísica a la prueba. Y ahí se ha empezado a hablar de la verdad, de la verosimilitud, de la convicción judicial, etc., intentando recoger lo mejor de las últimas disquisiciones filosóficas sobre el concepto de verdad, cuya lectura es ciertamente interesante e ilustrativa [212], pero que no tiene eficacia en la práctica del proceso, sino quizás en el planteamiento teórico de partida de la verdad como fin de la prueba. Pero, a decir verdad y con el máximo respeto, creo que todo ello no es más que darle vueltas a una misma constatación sobre la que nadie duda: que en el proceso no siempre se obtiene la verdad [213].

Ahora bien, saliendo de la categoría filosófica, entiendo que como finalidad material de la prueba sí que puede apuntarse la averiguación de la verdad. Es cierto que las partes no siempre pretenden que la verdad resplandezca, porque lo que invariablemente desean es ganar el proceso, con independencia de cuál fue la verdad de los hechos, que muchas veces permanece ignota incluso para los abogados, cuando no para las partes, porque todas ellas pueden tener diferentes interpretaciones del mismo suceso, o recordarlo de buena fe de forma distinta. Pero aun y así, no creo que centrar el objetivo de la prueba en la averiguación de la verdad ponga al proceso en ningún riesgo de tornarse injusto jurídica o incluso políticamente hablando, salvo que se utilice la discusión filosófica del concepto de verdad como el punto de partida de una descalificación política [214], o se anude inseparablemente la persecución de la verdad a un sistema autoritario como el soviético, cuando en realidad ello no fue auténticamente así [215].

Lo indico porque aunque en el proceso no existiera prueba de oficio en absoluto, no por ello dejará el juez de intentar obtener la realidad de los hechos

[212] *Vid.*, por ejemplo, R. GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit, Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen,* Erlangen-Nürnberg, 1978.

[213] TARUFFO, *La semplice verità,* cit., p. 78: «*Naturalmente nessuno parla di verità o di certezze assolute, che sono "il privilegio del fanatico", e che infatti si riscontrano solo in alcune metafisiche e in alcune religioni integraliste*». *Vid.* también *op. cit.,* p. 82.

[214] Que es lo que hizo WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowietischen Recht,* cit., pp. 198 y ss., con respecto al Liberalismo y el sistema burgués, por ejemplo.

[215] Basta leer a WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowietischen Recht,* cit., pp. 211 y ss., para darse cuenta de que en la doctrina soviética existían autores de todas las tendencias sobre este punto.

que resulte de los medios de prueba que se practiquen. ¿Quién se lo va a impedir? Las partes sólo podrían evitarlo dando fin prematuramente al proceso, o declarándose de acuerdo en la existencia de un hecho, que de ese modo queda expulsado de la actividad probatoria, al menos en el proceso civil. Pero a partir de allí, el juez va a perseguir siempre averiguar la realidad, porque legítimamente no puede hacer otra cosa. Por supuesto que las partes intentarán convencerle a través de los medios de prueba, pero para él su convicción equivaldrá finalmente a la realidad [216]. Ningún juez se pregunta qué le convence más —aunque a veces lo expresen así—, sino qué es lo que ha ocurrido en este caso concreto. Cualquier otro ser individuo hará lo mismo en cualquier otra actividad humana. Cuando una persona se deja embaucar por un comerciante, salvo que tenga otras motivaciones, normalmente lo hace porque cree que el vendedor le está contando la realidad. Lo mismo le ocurre al juez. No es que se deje convencer, sino que, para él, su convicción es la realidad de los hechos, o al menos lo que él cree más cercano a la misma, lo que CARRERAS LLANSANA denominó la «la pequeña historia de cada pleito» [217]. Por supuesto que ello no será una «verdad» pura, la del mundo de las ideas, que es la que con toda la razón ha puesto en cuestión la Filosofía. Pero si el juez no cree que eso es lo más verosímil que haya sucedido, no dictará su sentencia basándose en ese hecho, salvo que prevarique. Necesita, por tanto, convencerse de esa «verdad», que por supuesto puede no equivaler a la verdad auténtica [218].

Y ello no entiendo que sea una desorientación de los juzgadores, ni mucho menos que sea negativo, todo lo contrario. El mayor acercamiento posible a la verdad [219] es lo que suele dar una imagen más correcta de la justicia [220], aunque sea de forma intuitiva [221]. Por supuesto que no siempre es así [222], pero suele ser así, porque cualquiera que fuere la concepción que tengamos de la Justicia, evidentemente no está basada en un error [223]. Y por ello, como

---

[216] Como dice MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria,* cit., p. 65, «la convicción es la medida psicológica de la certeza».

[217] J. CARRERAS LLANSANA, «Las fronteras del juez», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal,* Barcelona, 1962, p. 124.

[218] TARUFFO, *La semplice verità,* cit., p. 86: «*il Cardinal Bellarmino era assolutamente certo del fatto che il sole girasse intorno alla Terra, ma la profondità del suo convincimento non rendeva vera la teoria di cui era convinto*».

[219] L. G. LOMBARDO, «Riflessioni sull'attualità della prova legale», *Riv. trim. di dir. e proc. civ.,* 1992, p. 614. SILVA MELERO, «Presunciones e indicios en el proceso penal», *RGLJ,* 1944, p. 527.

[220] De forma parecida lo expresa SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung,* cit., p. 176: «*Wahrheit und Gerechtigkeit sind das Ziel jeglichen Urteils. Voraussetzung für ein richtiges Beurteilen der Beweise und damit für ein gerechtes Urteil ist das korrekte Feststellen des Sachverhaltes*». *Vid.* también J. de los S. MARTÍN OSTOS, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil español,* Madrid, 1981, p. 106. TARUFFO, *La semplice verità,* cit., p. 118.

[221] S. CHIARLONI, «Processo civile e verità», *Questione Giustizia,* 1987, p. 504.

[222] También hay que reconocer que tiene un cierto papel el impacto sociológico de la decisión, lo que puede hacer cambiar, realmente, el juicio probatorio. En esta línea, aunque sin exageraciones, van las palabras de EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability,* cit., p. 31: «*The judge is not expected to choose the most probable version of the facts without regard to the consequences. The utility or disutility of his decision must also be taken into account*».

[223] La acertada frase es de SAKS y KIDD, «Human information processing and adjudication», cit., p. 213: «*Whatever justice may be, surely it is not error*». Y añade en la p. 214: «*A trial may indeed be more than a search for the truth in a given matter; but surely it is not less*». En sentido similar, IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba,* cit., p. 26.

orientación o guía [224] parece que el concepto de «verdad», o la proyección de su imagen en la mente del juez, es correcta para que valore debidamente la prueba sin confiar simplemente en su convicción/intuición, aunque finalmente sea esa convicción la que equivalga a «su» verdad. Y sin necesidad de que practique prueba de oficio. Si no se le quiere llamar «verdad», llámesele «verosimilitud», o utilícese cualquier otra terminología que no sea filosóficamente tan radical [225]. Pero no se aparte nunca al juez de que el objetivo final es el descubrimiento de la realidad de los hechos en la medida en que sea posible. Si el legislador ha creído que a esa realidad se llega mejor sin intervención del juez en la prueba, salvo en el momento de admitir y valorar, se habrá optado por una opción posible en esta materia. Y si se le permite intervenir en la proposición a través de la prueba de oficio, se habrá optado por otra opción que, desde luego, restringe los poderes de las partes en el proceso. Pero en ambos casos el objetivo será el mismo: el acercamiento en la mayor medida posible a la realidad de los hechos.

Piénsese, además, que no existe un concepto alternativo como guía de la actividad de valoración, a poco que se piense y se despoje al concepto de verdad de toda la carga filosófica, política y hasta religiosa que ha padecido. En realidad, cuando se practica prueba es porque no sabemos cómo ha sucedido algo. Queremos saber cómo ha acaecido. Deseamos conocer la realidad. Ésa es la situación en un juicio jurisdiccional, y no difiere en absoluto de la situación con la que nos enfrentamos cuando realizamos un experimento científico. También queremos conocer la realidad. Pocas veces accedemos a ella de modo completamente acabado, pero nos vamos acercando cada vez más, porque es lo único que nos es útil. Si la prueba no tiene esa finalidad, el proceso sería en realidad una pantomima de enfrentamiento ante un espectador forzado: el juez. Devendría un completo sinsentido, porque para que dos litigantes batallen no necesitan para nada, en realidad, a un juez. Si el juez está ahí es porque se ha percibido la necesidad de que alguien imparcial determine cuál es la realidad de los hechos que produjo la discusión, y basándose en la misma llegue a una resolución.

---

[224] «Excluir el concepto de verdad del fin práctico que se propone la prueba no significará nunca que renunciemos a obtenerla. (...) El juez debe hacer con la verdad lo mismo que hace el navegante: enfilar proa hacia la estrella polar que le servirá de norte aunque jamás piense en amarrar a su vera». MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria,* cit., p. 64.

[225] Tratando también con cierto relativismo el concepto de «verdad», V. DENTI, *La verificazione delle prove documentali,* Torino, 1957, p. 19.

IV. BASES PARA UNA ADECUADA VALORACIÓN PROBATORIA

En los capítulos anteriores se ha resumido prácticamente todo lo que han dado de sí los estudios sobre la prueba hasta el momento, lógicamente en cuanto a la actividad de valoración se refiere, al menos en lo que atañe a los resultados de las distintas investigaciones llevadas a término. Por consiguiente, quizás podría concluirse aquí esta obra, y dejar que el lector se formara su propio criterio sobre la valoración.

Pero ello supondría una traición. En primer lugar, como se verá más adelante y puede empezar a inferirse de lo tratado, mucho de lo expuesto, quizás la mayor parte, no es posible utilizarlo directamente, sin más concreción, a la hora de valorar específicamente cada prueba, por lo que si se abandonara aquí esta obra se dejaría al lector ante una tremenda decepción cuando intentara aplicar al caso concreto todo lo explicado. Y en segundo lugar, concluir aquí la obra supondría dejar sin resolver el punto principal de este trabajo, y de hecho la razón que me impulsó a escribirlo. La voluntad es explicar, con sencillez, cómo debería valorarse la prueba, sin escudarse en la tradicional y oscura remisión a las «máximas de experiencia» o criterios similares. A ello dedicaré fundamentalmente el capítulo siguiente a éste, que será el último de esta obra.

Es preciso, antes de abordar esa materia, entrar en otro tema al que suele atenderse muy poco. En los últimos años, por fortuna, ha habido juristas que han intentado explicar en qué consistía la actividad de valoración de la prueba, sin escudarse en la clásica y ambigua alusión a las máximas de experiencia. Pero sin embargo, se ha descuidado bastante el importante punto de los fundamentos de la valoración probatoria. Es decir, se trata de describir cuáles son las mejores condiciones para que la actividad de valoración probatoria se lleve a cabo adecuadamente. Se ha hablado poquísimo de la formación de los jueces en este sentido. También se ha acostumbrado a dejar de lado el estudio de la actividad de recopilación de la prueba, y se ha per-

dido de vista por completo que en la valoración probatoria juega un papel destacadísimo la conservación de la imparcialidad judicial, que se ha solido estudiar desconectada de los temas probatorios.

La doctrina ha hablado solamente de prueba ilícita o de las llamadas prohibiciones de prueba, así como de la motivación de la valoración de la prueba. Pero con respecto al primer punto se ha entrado en un casuismo muy poco aceptable. Y en relación a la motivación, pocas veces se le han indicado al juez qué reglas básicas debería tener en cuenta a fin de razonar correctamente su juicio probatorio.

A todo ello dedicaré el presente capítulo, teniendo presente que la correcta observancia de lo que se diga se enfoca a asegurar, al menos, una regular actividad de valoración probatoria. Pero para que ésta tenga las mayores posibilidades de ser correcta se requiere algo más, y a ello le dedicaremos el último capítulo. En él intentaré ofrecer una mecánica de valoración que supere las dificultades prácticas a las que conduce, en el fondo, la mayoría de lo que se ha dicho en el anterior capítulo.

1. LA FORMACIÓN DE LOS JUECES EN MATERIA PROBATORIA

Si se consulta el programa de oposiciones de acceso a la judicatura en España, se podrá comprobar cómo la preparación en materia probatoria es muy insuficiente e inadecuada. Se estudian simplemente los temas de la prueba como se solió hacer durante el Grado de Derecho, es decir, desde un punto de vista solamente procedimental [1]. Una vez superada la oposición y

[1] Al amparo del anexo al Acuerdo de 12 de marzo de 2008 de la Comisión de Selección del art. 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los 360 temas que forman la oposición, y de los 62 que forman el programa de Derecho Procesal Civil y los 37 temas de Derecho Procesal Penal, sólo nueve temas están dedicados a la prueba, y no completamente. Tienen el siguiente tenor (*PROCESO CIVIL*): **Tema 25. La prueba, I.** Concepto de prueba. Las afirmaciones fácticas como objeto de la prueba; afirmaciones fácticas exentas de prueba: admitidas y notorias. La prueba del Derecho. Carga de la prueba. Proposición y admisión de la prueba: licitud de la prueba; pertinencia y utilidad. Anticipación y aseguramiento de la prueba. Valoración de la prueba. **Tema 26. La prueba, II.** Los medios de prueba (1). Documentos: aportación al proceso. Clases. Valor probatorio. **Tema 27. La prueba, III.** Los medios de prueba (2). El interrogatorio de las partes. Reconocimiento judicial. Las presunciones: Concepto, naturaleza y clases de presunciones. **Tema 28. La prueba, III.** Los medios de prueba (3). Testigos. Peritos. Medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo. Diligencias finales (*PROCESO PENAL*). **Tema 9. El proceso por delitos graves, I.** El proceso penal tipo; sus fases; carácter supletorio de su regulación. Incoación del proceso: denuncia; querella; atestado; incoación de oficio. La investigación preprocesal y sus diferencias con la instrucción. La investigación por el Ministerio Fiscal. Las actuaciones de la Policía Judicial. El agente encubierto. La entrega vigilada. **Tema 10. El sumario, II.** Comprobación del delito: cuerpo del delito. Identificación del presunto delincuente y sus circunstancias personales. La inspección ocular. Declaraciones testificales y actos de pericia en el sumario y su valor. Aportación de documentos y otras piezas de convicción. Los medios de investigación sobre la persona: reconocimientos médicos; pruebas alcoholímetricas y registros personales. **Tema 11. El sumario, III.** Medidas limitadoras de derechos fundamentales: la entrada y registro en lugar cerrado; la intervención de comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. **Tema 17. La prueba.** Concepto; objeto; medios de prueba. Proposición, admisión o denegación; prueba anticipada; proposición en el acto del juicio; prueba acordada *ex officio*. Las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. La prueba producida irregularmente. **Tema 18. Valor probatorio de**

ya en la Escuela Judicial, en los últimos años se ha impartido una relevante docencia en esta materia [2], sobre todo a la hora de motivar el juicio fáctico de la sentencia, y se ha intentado potenciar este tradicional punto débil, no sólo con la elaboración de resúmenes fáctico-jurídicos de los casos que se les plantean a los jueces en prácticas [3], sino con la resolución de supuestos concretos siguiendo el método del caso [4], así como con un curso monográfico sobre medios de prueba en el proceso civil que sigue el método de la clase magistral y la resolución posterior de cuestionarios [5]. Todo ello se completa con una «actividad» sobre los poderes del juez en el proceso civil [6]. En la docencia sobre proceso penal están previstas algunas sesiones sobre la instrucción, que intentan destacar, sobre todo, el diseño de la actividad investigadora del juez de instrucción y la relevancia de las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Pero con respecto a la prueba en el juicio oral sólo están previstas tres sesiones [7], si bien existe una actividad específica sobre valoración y motivación de la prueba [8], y otra sobre argumentación jurídica [9]. La docencia se completa con algún seminario más, como el de «investigación en procesal civil»[10] o el de la prueba electrónica durante la instrucción penal [11].

Superada esa fase de docencia, los jueces pasan a realizar el periodo de prácticas tuteladas, que cubre aproximadamente los últimos 9 meses de esos dos años de formación posteriores a la superación de la oposición [12].

El problema de todas estas enseñanzas no es la metodología. Ni siquiera la duración de estas actividades que, probablemente, con el tiempo del que se dispone, lo cierto es que poco más se puede hacer, salvo que se desplace a otras materias también relevantes. Tampoco es un problema la abnegación y la preocupación por la materia probatoria que han demostrado muchos de los docentes que han existido en la Escuela Judicial en los últimos años, y que me consta personalmente.

Todas estas enseñanzas están bastante basadas, en diferentes proporciones, en lo indicado en el epígrafe anterior, sobre todo últimamente en el apartado epistemológico y psicológico. Lo cual quiere decir que la asistencia que dispensan al juez a la hora de motivar, ha permitido corregir muy relevantemente muchos de los defectos que se padecían —y se siguen padeciendo— en

lo actuado en el sumario; análisis del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La prueba preconstituida. La declaración del acusado. Pruebas testifical, pericial y de inspección ocular. La prueba documental. La prueba por indicios.

[2] Así se desprende del Plan Docente de la 60.ª promoción de la carrera judicial para el curso 2008-2010.

[3] Plan Docente de la 60.ª promoción de la carrera judicial para el curso 2008-2010, p. 10.

[4] *Ibid.*, p. 20.

[5] *Ibid.*, p. 25.

[6] *Ibid.*, p. 26.

[7] *Ibid.*, p. 32.

[8] *Ibid.*, p. 35.

[9] *Ibid.*, p. 35.

[10] *Ibid.*, p. 45.

[11] *Ibid.*, p. 47.

[12] *Ibid.*, p. 7.

materia de motivación, pese a que después, en la realidad práctica del juez, la insoportable acumulación de asuntos frustre buena parte de ese aprendizaje. De este modo se ha potenciado de manera relevante la enseñanza en la auténtica actividad de «valoración» de la prueba, en bastante mayor medida de lo que se refleja en el plan de estudios que veremos seguidamente, lo que quizás debería provocar un replanteamiento profundo de esos contenidos que recoge el plan, reflejando la realidad de lo que sucede actualmente en estas actividades de formación, en la línea que expondré seguidamente.

A) La insuficiencia del estudio meramente procedimental, o presuntivo, de la prueba

Tradicionalmente, el estudio de la prueba se ha realizado al hilo de una exégesis de los preceptos legales sobre la misma. Poquísimas veces se ha ido más allá. Se ha citado jurisprudencia durante la explicación, se ha teorizado sobre la verdad, sobre la carga de la prueba y sobre las máximas de experiencia, y realmente poco más. Sólo los autores que han estudiado en profundidad la actividad presuntiva del juez [13] han abordado directamente, aunque sólo en parte, el razonamiento judicial en la valoración de la prueba. Pero en lo que se refiere al resto de actividad probatoria que no se cifra en una presunción, el estudio de la valoración ha permanecido en terreno prácticamente desértico.

Repasemos la cuestión muy brevemente por medios de prueba en el proceso civil. Con respecto a la declaración de las personas, se nos explica quién puede declarar y quién puede ser tachado —lo que no es sino una reminiscencia de las pruebas legales—, y acto seguido se nos dice qué preguntas se podrán realizar, descartándose las que no tengan que ver con el objeto del proceso o sean capciosas o sugestivas. Tras ello se especifica el orden de la declaración y, finalmente, en el capítulo de la valoración se dice que es libre, sin más [14]. Con respecto a la prueba pericial se especifica cómo proceder a la elección, nombramiento y tacha o recusación de los peritos, así como de su retribución. Se habla después de la respuesta a las preguntas sobre el dictamen pericial. Y finalmente, llegando a la valoración probatoria, se nos dice simplemente que es libre. En relación a la prueba de reconocimiento judicial, al margen de la posibilidad de práctica conjunta con otras pruebas, no se dice nada en absoluto con respecto a la valoración, lo que no obstante tiene una explicación que veremos más adelante. Y en relación con la prueba documental, se citan algunos documentos como de valor legal en algunos de sus extremos, y tras la explicación de los momentos de aportación de los do-

---

[13] Por todos, M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Barcelona, 1963. L. MUÑOZ SABATÉ, *Tratado de probática judicial*, Barcelona, 1992. M. MIRANDA ESTRAMPES, «Las presunciones», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, t. II, Barcelona, 2000, pp. 511 y ss. P. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Granada, 2007.

[14] Salvo en España para la declaración de partes, en el confuso sentido que ya se refirió del art. 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

cumentos, la resistencia a aportarlos y sus consecuencias, nos quedamos en lo de siempre: salvo con respecto a los documentos referidos, la valoración es libre.

Y con respecto al proceso penal, la actividad legislativa es más o menos idéntica, con algún precepto que también trae reminiscencias de la prueba legal, que nos dice por ejemplo que no se condene a una persona por su simple autoinculpación (art. 406 LECrim), y se recuerda que el testimonio de un policía es como cualquier otro y, por tanto, no tiene valor privilegiado (art. 717 LECrim). Pero finalmente, el art. 741 LECrim le dice al juez que valore la prueba «según su conciencia», dejando a la jurisprudencia toda la actividad que a duras penas se ha ido desempeñando a través de la mínima actividad probatoria y la presunción de inocencia [15], que ya fue referida más atrás.

No es ya que, como afirma Muñoz Sabaté, no se explique «cómo probar» [16], que desde luego que es importante, sino que no se explica siquiera cómo valorar los resultados de los medios de prueba. Porque supongamos que se ha llevado a cabo toda esa actividad probática de manera correcta. ¿Cómo se valoran los resultados obtenidos? Prácticamente nada de lo que se explica actualmente en la docencia teórica de la prueba en la Universidad se centra en cómo valorar. Como dije, los autores se refugian en las máximas de experiencia y en el estudio procedimental del medio de prueba. Pero, salvo excepciones, no se va más allá.

Es decir, no se explica en absoluto en qué situaciones un testimonio resulta o no creíble. Solamente acudiendo al proceso penal, al amparo de la jurisprudencia, cabe encontrar algunas orientaciones para valorar esa credibilidad, como ya vimos anteriormente. Pero con respecto al proceso civil no se realiza ni la más mínima precisión de cómo puede considerarse creíble la declaración de una persona. Y siendo ello así, cabe preguntarse por qué celebramos esta prueba, si finalmente se depende por completo de lo que le parezca al juez, que tampoco tiene criterios precisos para valorar esa credibilidad, al menos en el sentido que será analizado después en el último capítulo. Con ello, el juez simplemente utiliza lo más sesgado de su sentido común más cotidiano, intentando adivinar expresiones faciales que personalmente, sin criterio científico alguno, le parezca que expresan mentira. O en el mejor de los casos deduciendo a través de la declaración que el relato que realiza el declarante es o no coherente, sin darse cuenta de que la mayoría de incoherencias de un testimonio no evidencian que una persona esté mintiendo, sino que en realidad no recuerda lo que ocurrió, y es incapaz de darse cuenta de que en realidad no lo recuerda. Como digo, lo veremos más adelante.

Pero con respecto a la prueba pericial sucede lo mismo. Más que de otro modo, el juez valora un dictamen pericial en función de lo sencilla o accesible que le resulta su lectura, porque normalmente no tiene la formación sufi-

---

[15] Que también supone, por cierto, una restricción de la libre valoración propiamente dicha. *Vid.* Meurer, *Beweis und Beweisregeln*, cit., p. 360.

[16] L. Muñoz Sabaté, *Introducción a la probática*, Barcelona, 2007, p. 12.

ciente para saber si lo que se dice en un dictamen es cierto o falso. Y cuando el perito acude a declarar, el juez actúa del mismo modo que ante un testigo o un litigante, es decir, con los mismos sesgos fundamentalmente sociológicos que acabo de indicar, lo que hace que su valoración del dictamen, en muchos casos, no exista en realidad.

Exactamente igual puede suceder en un reconocimiento judicial. El juez se pondrá frente a una realidad que es posible que no entienda, porque no conozca el terreno, ni las causas de lo sucedido. Por ello, podrá acompañarse de partes, testigos y peritos, con todos los inconvenientes ya referidos en cuanto a la valoración de los datos que vayan surgiendo de sus declaraciones.

Sólo con respecto a la prueba documental parece que no deberían existir tantísimos inconvenientes. El juez leerá lo que esté en el escrito, pero nuevamente tendrá que valorar la credibilidad de lo que lee, salvo que le venga impuesta por la ley, o por las partes si no impugnaron la autenticidad del documento. Pero eso sucede en el proceso civil. En el proceso penal el juez valorará también libremente esta prueba, y volverá a encontrarse con el problema de la credibilidad, en este caso de lo que ha quedado reflejado por escrito. Y no sólo eso, sino de lo que puede inferirse de lo que en ese documento quedó reseñado, en el sentido de que el autor del escrito pudo no querer decir lo que dijo, lo que obligará al juez a profundizar en las motivaciones del autor del documento.

Sin embargo, cuando se imparte la docencia sobre prueba documental, el jurista tampoco es instruido para que realice correctamente esa interpretación de la credibilidad de textos. Salvo ya en la Escuela judicial y con las escasas oportunidades horarias que ofrece el plan de estudios. Y es que pareciera que el legislador da por hecho que todo lo que se escribe en un escrito es auténtico. Y si así fuera, la simulación contractual, que puede constar en documento público incluso, no existiría jurídicamente hablando. Y es que para descubrir esa simulación, el juez no tiene otro remedio que acudir a los indicios que, al margen del documento, concurran en el caso concreto. Y tampoco se le enseña con la profundidad que sería deseable —también para los docentes— a realizar dicha actividad de valoración.

En resumidas cuentas, como ya indiqué líneas atrás, el estudio de la valoración de la prueba es absolutamente insuficiente. Y me reafirmo en la opinión de que los únicos que, hasta el momento, han ayudado más al juez en esa tarea son los que han estudiado las presunciones, como esquema de razonamiento, y los que han intentado describir la epistemología de la valoración probatoria, pese a que las conclusiones de unos y otros sólo hayan servido, finalmente, para ordenar el pensamiento judicial en el momento de la motivación. Quizás lo más útil que se ha escrito en la doctrina sobre la valoración hayan sido los tratados de indicios [17], que al menos han sistematizado la materia a través de los hechos que más comunmente deben probarse en el proceso, así como de los indicios que habitualmente les acompañan, a

[17] Las completas obras de Muñoz Sabaté, ya citadas, *Tratado de probática judicial* y la *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, van en esa línea.

fin de que identificando esos indicios, podamos ser capaces de averiguar el hecho presunto. Para ello esas obras utilizaron un gran —y útil— despliegue de jurisprudencia que permite tener una cierta experiencia de campo en este sentido.

Pero el problema es que esas obras, en el fondo, no acaban de superar el enfoque procedimental, aunque la intención era separarse del mismo definitivamente. Y ello porque se sitúan sobre todo en la perspectiva del actor o el demandado que alega y quiere aportar hechos al proceso en la forma que le indica la ley. Pero no se tiene tan en cuenta quizás la posición del juez ante ese indicio, a la hora de valorarlo, porque simplemente se le dice al juez que ese indicio en diversos casos ha sido considerado como fundamentador de una presunción. Pero a partir de ahí se abandona al juez ante la tesitura de considerar lo mismo en otro caso concreto, sin darle más ayuda.

Por añadidura, estas obras provocan una fragmentación en el análisis de la materia que hace que, muchas veces, el estudio de estas obras no sea abarcable, y difícilmente pueda conferirle al juez una formación global sobre cómo valorar los hechos que tenga ante sí. Porque, además, aunque esos hechos sean tratados en esas obras como indicios, muchas veces no lo son, porque agotan la prueba en sí mismos sin necesidad de construir una presunción. Esos hechos, en esas situaciones no presuntivas, simplemente son la base de un razonamiento que, al poder expresarse al estilo de un silogismo, ha podido ser confundido en ocasiones con una presunción, cuando en realidad de lo que se trataba era de un simple esquema de razonamiento expresado con los parámetros de la lógica formal. Por ejemplo, la posesión del título [18], o el uso de la cosa [19], no es que sean indicios de la titularidad, sino que expresado en un esquema silogístico, son premisas que conducen a una conclusión, la titularidad, pero no siempre como indicios, sino como premisas de ese hecho jurídico que no se presumirá, sino que constará con esas premisas. Se convertirán en indicios solamente si, por ejemplo, el título es muy antiguo y está corrompido, o el uso de la cosa sólo se puede acreditar durante un tiempo indefinido, que no se sabe exactamente si es el mínimo exigido legalmente. Aunque en ese caso, en realidad, el uso no será un indicio, sino que para acreditar el uso harán falta otros indicios, o quizá hechos que acrediten directamente ese uso, sin necesidad de elucubrarlo, como sucede con una presunción.

No obstante, no pretendo que mis palabras se interpreten como un descrédito a los tratados de indicios, que es completamente contrario a mis ideas sobre los mismos. En primer lugar, dichos tratados son muy útiles, sobre todo para los abogados a la hora de construir sus alegaciones. En segundo lugar, insisto en que son probablemente las obras que, dentro de lo que cabe, más se han acercado a la materia de la valoración de la prueba, aunque se hayan quedado simplemente en la parte del importante estudio de campo de los diferentes indicios existentes en la realidad jurídica. Y en

[18] Muñoz Sabaté, *Tratado de probática judicial*, cit., t. II, p. 62

[19] *Ibid.*, t. II, p. 52.

tercer lugar, debo decir que a mí mismo como procesalista científico me han sido utilísimos esos tratados de indicios, porque me han proporcionado ese trabajo de campo que resulta imprescindible para profundizar en la valoración de la prueba. Realmente, la recopilación de esos indicios es una labor complicadísima de realizar de manera correcta y prácticamente exhaustiva, y resulta esencial para sentar las bases de la valoración de la prueba.

Pero falta dar el siguiente paso, que se ha dado ya en la docencia judicial pero no de modo absolutamente definitivo, porque no se refleja en el plan de estudios, como ya dije. Es preciso enseñarle al juez cómo debe valorar cada prueba. El tratado de indicios le puede dar una pista, que puede ser muy buena, de aquello en lo que se tiene que fijar, pero no le va a decir, finalmente, cómo valorar realmente lo que encuentre. A ello, como vengo diciendo ya muy reiteradamente, dedicaré el último capítulo de esta obra.

B) La enseñanza en materia de valoración de la prueba

Por consiguiente, la docencia sobre la valoración de la prueba debería adaptarse a las directrices que acabo de exponer, además de las que se explicarán a continuación [20]. No puedo avanzar en este epígrafe mucho de lo que será tratado en el capítulo siguiente. Pero sí que debo decir que prescindiendo del procedimiento de la proposición y práctica de cada prueba, que es sin duda lo más sencillo —y también lo más tedioso— de aprender, la enseñanza del juez en materia de valoración tiene que contener, fundamentalmente, dos bloques principales, que son adicionales a la enseñanza procedimental, que es la que básicamente se ha realizado hasta ahora:

1.^{er} Bloque.—«*La averiguación de los hechos*»: es imprescindible el aprendizaje por parte de un juez de los hechos más típicos —indiciarios o no— que suelen encontrarse en los contextos más frecuentes de la realidad procesal. La enseñanza de esta materia no es tan sencilla como un aprendizaje memorístico de jurisprudencia, porque también hay que conocer cómo se extraen dichos hechos de cada fuente de prueba, así como la organización de esos hechos una vez que se han obtenido a través de la práctica de los medios de prueba, a fin de que sean más fácilmente comprensibles.

Es decir, de lo que se trata es de que un juez pueda identificar fácilmente un hecho como característico de una determinada situación. Por ejemplo, uno de los indicios más típicos de la simulación contractual suele ser lo que se conoce con el nombre de «*omnia bona*», que significa que el simulador ha enajenado con ese negocio todo su patrimonio, o la parte más significativa del mismo [21]. Si pasamos al proceso penal, un buen indicio de agresión sexual podría ser la presencia de lesiones en la víctima, así como de restos biológicos —de obtención violenta— adheridos a las ropas o a las uñas de la víctima, así como laceraciones en el agresor.

---

[20] Aunque no es el primer intento reciente de hacerlo. *Vid.* MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a la probática*, cit., p. 11.

[21] MUÑOZ SABATÉ, *Tratado de probática judicial*, cit., t. I, p. 375.

Y eso en cuanto a los indicios. En cuanto a los hechos que no constituyen indicios plantean muchos menos problemas, porque son pruebas directas fácilmente reconocibles y a las que se puede aplicar con sencillez la consecuencia jurídica. Son más frecuentes en el proceso civil que en el penal, puesto que en este último, al haber sucedido los hechos normalmente de forma clandestina, casi siempre hay que contar con los indicios.

De todos modos quisiera dejar claro que con esta exposición de hechos característicos no concluye la labor docente en este apartado. Hay que saber cómo se obtienen los hechos de las diversas fuentes de prueba. En este sentido, es fundamental que el juez conozca bastante mejor que ahora la manera de obtener los hechos de las pruebas periciales, y de la prueba de declaración de personas. No es preciso que se haga la misma enseñanza con respecto a la prueba documental, porque agota su explicación en el punto de la «credibilidad» que veremos después. Y con respecto a la prueba de reconocimiento judicial, todos los conocimientos que adquiera en el aprendizaje de las pruebas periciales le van a ser útiles en ese medio de prueba, porque se suele utilizar la misma ciencia, cuando lo observado no depende simplemente de la cultura general de un hombre medio.

Como decía, en primer lugar es imprescindible una explicación de la manera de trabajar de los peritos en los más diversos ámbitos, para que el juez sepa los detalles más relevantes de su trabajo y su *modus operandi*. Entiéndase bien, la explicación no tiene que centrarse en los detalles científicos de la pericia, que lógicamente no se pueden exigir en la formación de un jurista-juzgador, al menos para darle la *venia iudicandi*. Pero sí en la manera de trabajar y elaborar el dictamen. Consiste en saber, por ejemplo, cómo se recogen los restos biológicos o qué significan las evidencias cadavéricas más importantes. No consiste en instruir al juez para aprender a realizar una autopsia. Lo que debiera aprenderse en proceso penal puede condensarse, en su mayor parte, en una ciencia llamada «Criminalística» [22], que enseña los conocimientos que solemos ver aplicados en cualquier película cinematográfica en la que se refleja la investigación de delitos. Un juez debe saber, por ejemplo, que normalmente una huella dactilar no puede hallarse en un papel o en superficies rugosas. Tampoco puede el juez ignorar que con un pelo no se puede realizar una prueba de ADN, salvo que el pelo conserve todavía el folículo.

Otras actuaciones periciales también deberían ser objeto de atención: por ejemplo, los dictámenes sobre tasaciones de daños en personas, inmuebles o vehículos. O bien los dictámenes arquitectónicos o de ingeniería sobre las causas del mal funcionamiento de instalaciones de todo tipo. O dictámenes topográficos. O bien dictámenes químicos o farmacéuticos. Insisto en que lo que se imparta sobre todo ello debe ser superficial, pero debe transmitir al juez que dicho dictamen existe y cómo se hace. En realidad consistiría en

---

[22] P. López Calvo y P. Gómez Silva, *Investigación Criminal y Criminalística*, Bogotá, 2000. C. A. Guzmán, *Manual de Criminalística*, Buenos Aires, 1997. J. Montiel Sosa, *Manual de Criminalística*, México, 1986. J. A. Reyes Calderón, *Tratado de Criminalística*, México, 1998.

que cada perito, en pocas sesiones, explicara con sencillez y resumidamente lo más importante de su trabajo. Aunque esas sesiones se limitaran a una exposición que después no fuera evaluable para el alumno, el juez en formación ganaría unos preciosos conocimientos que a día de hoy lo cierto es que no tiene, lo que dificulta con gran frecuencia la inteligencia de los dictámenes periciales.

Por otra parte, en cuanto a la prueba de declaración de personas debería ser esencial el aprendizaje de las técnicas del interrogatorio. Hasta ahora únicamente se enseña en las leyes que no se pueden realizar preguntas que contengan valoraciones [23], o que sean capciosas o sugestivas [24]. O que no se puedan formular cargos ni reconvenciones [25], o que los interrogatorios al imputado no pueden durar demasiado tiempo [26]. Creo que se comprende que solamente con estos poquísimos elementos no se está en condiciones de realizar un buen interrogatorio. En este epígrafe no debo extenderme más en este tema, pero simplemente querría añadir en este momento que es esencial que el juez conozca las técnicas de los interrogatorios y tenga nociones sobre los procesos de la memoria de las personas, porque eso es lo que más puede condicionar un interrogatorio. Es una parte relevante de lo que, junto con la argumentación, antiguamente se denominó «retórica», y que tantas veces ha obtenido eficazmente declaraciones concluyentes de los interrogados. Actualmente dicha técnica es objeto de estudio por diversos especialistas, y no puede durar por más tiempo la situación de que sigamos creyendo que un abogado, o un juez, es un buen interrogador sin saber exactamente por qué. Y sobre todo, sin que el juez sepa realmente por qué, quedando todo ese buen hacer en la técnica del interrogatorio completamente envuelto en un intrigante, y muchas veces incomprensible, halo de misterio, que beneficia al más pícaro, pero que desde luego no sirve al esclarecimiento de la realidad de los hechos.

Por último, como dije, el juez debe conocer la manera de organizar los hechos que se vayan extrayendo de los medios de prueba. Aparte del acta de las vistas, o su grabación, muchos jueces van tomando notas conforme

---

[23] **Art. 368. Contenido y admisibilidad de las preguntas que se formulen.** 1. Las preguntas que se planteen al testigo deberán formularse oralmente, en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaran, se tendrán por no realizadas.

2. El tribunal decidirá sobre las preguntas planteadas en el mismo acto del interrogatorio, admitiendo las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio.

Se inadmitirán las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo según el art. 360.

[24] **Art. 439 LECrim.** No se harán al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido.

[25] **Art. 396 LECrim.** [...] En ningún caso podrán hacerse al procesado cargos ni reconvenciones, ni se le leerá parte alguna del sumario más que sus declaraciones anteriores si lo pidiere, a no ser que el Juez hubiese autorizado la publicidad de aquél en todo o en parte.

[26] **Art. 393 LECrim.** Cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo, o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntársele, se suspenderá el examen, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. Siempre se hará constar en la declaración misma el tiempo que se haya invertido en el interrogatorio.

asisten a la práctica de la prueba. Pues bien, consiste en que los alumnos aprendan a realizar un buen mapa de los hechos que van surgiendo de los medios de prueba, que les va a ser de gran utilidad, no sólo en la valoración de la prueba, sino también en su motivación.

Como capítulo adicional en este mismo bloque, quizás sería interesante introducir un breve aprendizaje sobre la imparcialidad judicial en materia de valoración de la prueba. No puedo justificar aquí su inclusión puesto que dedicaré el siguiente grupo de epígrafes a esta cuestión. A dicha explicación me remito.

Todo ello es fundamental. Por supuesto que todo ese aprendizaje, si se le dedica el tiempo debido, va a retrasar la formación del juez, pero a cambio de que tenga los conocimientos suficientes para poder valorar un dictamen pericial o la declaración de una persona, así como para juzgar sobre la admisibilidad de dichas pruebas. Eso sí, no creo que se trate de conocimientos que deban adquirirse en la fase teórica de la oposición, sino en una etapa de formación posterior, porque se trata sobre todo de conocimientos aplicados. En cualquier caso, no debería durar por más tiempo la situación que vivimos hoy en día, en la que muchos suponen —erroneamente en la mayoría de las ocasiones— que esos conocimientos pueden adquirirse sobre la marcha en la práctica, a salto de mata de los asuntos que entran aleatoriamente en su juzgado, que es lo que en el mejor de los casos, salvo excepciones, ha ocurrido tradicionalmente. Afortunadamente, no es ése el sentir de muchos profesores de la Escuela judicial, que están luchando precisamente para que se acabe definitivamente con esta manera de ver las cosas.

2.º Bloque.—«*La credibilidad*»: con el aprendizaje anterior, el juez ya sabrá qué es lo que va a encontrarse, por regla general, en un supuesto concreto, y sobre todo tendrá conocimientos precisos de cómo se obtienen los hechos de la práctica de cada medio de prueba, de la manera más eficaz.

Pero una vez que sabe lo que puede encontrarse, tiene que aprender también que no todos los resultados de los medios de prueba, por típicos de una situación que sean, se valoran de la misma forma, porque un mismo hecho puede tener diferentes significados en contextos distintos. Por tanto, tiene que aprender a valorar la credibilidad que resulte de cada medio de prueba, y esa es, sin duda, la actividad más compleja y la que prácticamente se ha descuidado por completo en la docencia probatoria. Vayamos por partes.

Con respecto a la prueba de declaración de personas, hasta el momento el ordenamiento lo único que nos ha dicho es que las respuestas deben ser concretas [27] y que son rechazables las respuestas evasivas o inconcluyen-

---

[27] **Art. 305 LEC. Modo de responder al interrogatorio.** 1. La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de ningún borrador de respuestas; pero se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes, cuando a juicio del tribunal sean convenientes para auxiliar a la memoria.

2. Las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas y, de no ser ello posible según el tenor de las preguntas, serán precisas y concretas. El declarante podrá agregar, en todo caso, las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas.

tes[28]. Pero ha excluido completamente cualquier otra valoración de las respuestas en sí mismas, o incluso de la actitud de los testigos, que los jueces interpretan en la actualidad de modo completamente intuitivo. Y no se diga que ello sería absurdo disponerlo en una ley, porque no es más absurdo —*rectius* más lógico— que rechazar una pregunta evasiva, y eso sí lo dicen las leyes. En todo caso, se trata de que la persona declare de la manera más objetiva posible. Y que si no es así, el juez sepa descubrirlo para valorarlo en su declaración. No puedo extenderme más en esta explicación porque ello constituye materia que será objeto de tratamiento en el último capítulo.

Con respecto a los dictámenes periciales, el Juez tiene que revisar que los mismos reúnan, no sólo formalmente, todos los criterios científicos de calidad que veremos más adelante. Y, por supuesto, debe contrastar el resultado del dictamen con la evidencia que se obtenga del resto de medios de prueba. Ese contraste puede provocar incluso que acabe separándose de las conclusiones de dicho dictamen, pero ese resultado, desde antiguo, está aceptado por la doctrina[29].

Los mismos conocimientos personales que, eventualmente, pueda utilizar para separarse del dictamen pericial, deberá utilizarlos a la hora de realizar el reconocimiento judicial. Se ha dicho con mucha frecuencia que esta prueba está excluida del sistema de valoración, pero veremos más adelante si ello es auténticamente así, o debe el juez realizar una actividad análoga a la que desempeña con el resto de medios de prueba. En todo caso, por ahora baste decir que cuantos más conocimientos posea el juez sobre aquello que observa, mayores posibilidades habrá de que una imagen falsa no le engañe.

Y en relación con la prueba documental, el juzgador debe adquirir los conocimientos necesarios en semiótica, a fin de que pueda interpretar un escrito, no en cuanto a su entendimiento textual, lógicamente, para lo que está sobradamente preparado. Cuando el juez debe valorar la prueba documental realmente, tiene que examinar las motivaciones del autor del escrito. Ninguna redacción es absolutamente completa y exhaustiva, sino que siempre deja lagunas. Un documento en el que una persona de avanzada edad deja en alquiler a otra un inmueble por espacio de 20 años a razón de 50 euros al mes[30], podría ser en realidad una donación encubierta, pero formalmente es un arrendamiento. Podría decirse que en este caso existe simplemente una simulación contractual, pero es posible que no fuera así. Es decir, imagínese la diferencia de apreciación que existiría si el contrato de arrendamiento se

---

[28] **Art. 307 LEC. Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales.** 1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

2. Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.

[29] CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., pp. 75-76.

[30] Para lectores futuros o ajenos al ámbito europeo, 50 euros era el precio medio de unos dos kilos de bombones de una calidad corriente.

hace a favor de una persona de 90 años, o en beneficio de una de 20. En el primer caso, se trata ciertamente de una especie de donación, puesto que aunque el anciano de 90 años no pueda transmitir la propiedad, podrá disfrutar del uso del inmueble durante toda su vida previsible. En cambio, en el primer supuesto se trata ciertamente de un arrendamiento absolutamente legítimo. Por ello, es necesario en este caso tener en cuenta todos los elementos existentes en la situación en concreto, lo que lleva a la conclusión de que para valorar las motivaciones del documento, hay que ir más allá de la mera lectura de ese documento. Exactamente lo mismo hay que hacer en el caso de que un contrato, por ejemplo, contenga cláusulas oscuras.

Antes de continuar, debo volver sobre una cuestión que fue tratada al principio de esta obra. Es necesario precisar que la anterior división de la materia en bloques no significa contradicción alguna con la negativa que se realizó al principio de este trabajo a la hora distinguir entre interpretación y valoración [31]. Bien al contrario, reafirma definitivamente dicha negativa, porque descubre por fin la razón de fondo de que la doctrina haya distinguido ambas categorías. Como tantas otras veces sucede, la distinción entre interpretación y valoración es simplemente teórica. Por tanto, a la hora de manejar la materia en términos docentes, efectivamente, la distinción es plenamente válida para enseñar ambas materias. Pero ello no quiere decir que en la práctica no se realicen ambas actividades a la vez y que, de hecho, sea imposible discernir entre ambas en un supuesto concreto de la realidad judicial, porque efectivamente resulta imposible por completo. A efectos teóricos la materia debe enseñarse por separado, para una mejor inteligencia del alumno. Pero una vez impartida, el alumno, futuro juez, utilizará a la vez y sin distinción los conocimientos aprendidos en ambas fases, como ya se indicó y se explicó en su momento, y por ello me remito a dicha explicación para más detalles sobre esta conclusión.

Volviendo a la cuestión docente y, por tanto, teniendo en cuenta todo lo anterior y como conclusión final, permítaseme realizar una brevísima exposición esquemática de cómo debería ser un programa muy básico de la enseñanza en materia de valoración de la prueba.

BLOQUE 1.—LA AVERIGUACIÓN DE LOS HECHOS

Contenidos

1. Los hechos jurídicos más característicos.

a) Los hechos que constituyen prueba directa.
b) Los listados de indicios.

2. La obtención de vestigios.

a) Las diferentes técnicas periciales.
b) La técnica del interrogatorio.

[31] Por todos, Calamandrei, «La genesi», cit., p. 21.

3. La motivación de los hechos.

a) La ordenación de los hechos averiguados.
b) La debida exposición de las presunciones.

4. La imparcialidad y la prueba.

a) Circunstancias que provocan parcialidad.
b) Mecanismos de evitación de la parcialidad.

BLOQUE 2.—LA CREDIBILIDAD

Contenidos

1. La psicología del testimonio.

a) El funcionamiento de la memoria.
b) La valoración de las respuestas.
c) Valoración de la conducta del declarante.

2. La credibilidad del dictamen pericial.

a) Los criterios científicos de calidad.
b) La profesionalidad del perito.
c) La coherencia interna del dictamen.
d) La ciencia privada del juez.

3. La credibilidad en el reconocimiento judicial.

a) Las condiciones de observación.
b) La ciencia privada del juez.

4. La credibilidad de los documentos.

a) La interpretación de textos.
b) La contextualización de los documentos.

Con todo ello, el juez podría salir de su estudio verdaderamente preparado para afrontar la valoración probatoria. Desde luego, los apartados anteriores deberían desglosarse en subapartados, especialmente —pero no solamente— en relación con los listados de indicios, aunque también con respecto a la psicología del testimonio, de manera que cada uno de esos contenidos, realmente, podría constituir una asignatura independiente en un aprendizaje de un curso. Completaré los detalles de esta formación en el último capítulo.

2. LA CONSERVACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD

Como ya dije, no se suele pensar, salvo excepciones [32], en este tema al hablar de valoración de la prueba. Pero sin embargo, en esta materia la imparcialidad es esencial, porque la más mínima pérdida de la misma va a condicionar un resultado probatorio, de manera que el juez podría comenzar a no creer sistemáticamente a los testigos de una parte, simplemente porque durante el juicio ya piensa que esa parte no tiene razón, o bien se incomodó con ella durante una vista. Desde luego, es un auténtico disparate que pueda pasar algo así, y hasta se puede llegar a decir que si sucede, no es controlable la actitud del juez si no llega al extremo de la desconsideración, sancionada con responsabilidad disciplinaria [33]. Pero todos sabemos que ocurre, porque es una actitud de lo más humana en el fondo, y asistimos con enorme frustración a ese tipo de comportamientos que, evidentemente, están fuera de lugar.

Sin duda, esas conductas hacen perder la imparcialidad. Y no podemos cerrar los ojos a la realidad, ni pensar que contra ese tipo de actitudes no hay nada que hacer. Desde luego, no había nada que hacer cuando la práctica de la prueba se celebraba por escrito, pero actualmente las vistas se graban, al menos en el proceso civil, aunque incomprensiblemente se deja con frecuencia en un vergonzante ángulo muerto al juez.

No obstante, advierto ya desde este momento que no todo depende de ese comportamiento externo del juez. Al margen de las causas de parcialidad tradicionales, que también serán objeto de examen, existe alguna nueva causa que algún día deberá tenerse en cuenta.

A) El transfondo psicológico de las causas de parcialidad

La jurisprudencia sobre la imparcialidad que ha creado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es fácilmente

---

[32] Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 119. Otra excepción, mencionada por el propio Taruffo en la siguiente página de la obra citada, es el art. 10 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial: «El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos».

[33] **Art. 418 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.** Son faltas graves: [...] 5. El exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial.

6. La utilización en las resoluciones judiciales de expresiones innecesarias o improcedentes, extravagantes o manifiestamente ofensivas o irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico. En este caso, el Consejo General del Poder Judicial sólo procederá previo testimonio deducido o comunicación remitida por el tribunal superior respecto de quien dictó la resolución, y que conozca de la misma en vía de recurso.

Art. 419 LOPJ. Son faltas leves: [...] 2. La desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los miembros del Ministerio Fiscal, médicos forenses, abogados y procuradores, graduados sociales, con los secretarios o demás personal que preste servicios en la Oficina judicial, o con los funcionarios de la Policía Judicial.

accesible, ha restringido enormemente el concepto de imparcialidad, fruto del empeño en que la recusación no fuera utilizada con fines dilatorios. Pero sobre todo ha complicado sustancialmente las cosas con una división entre causas objetivas y subjetivas de parcialidad que, por cierto, no coincide en la jurisprudencia de ambos tribunales [34]. Pero al margen de ello, no han logrado ni una ni otra jurisprudencia, ni probablemente ningún otro autor en la doctrina, una definición tan acabada como la que construyó RUIZ VADILLO [35], que estimó que el derecho al juez imparcial supone que el juez *se encuentre fuera por completo, real y aparencialmente, de los intereses de las partes y del propio proceso en sí mismo considerado. Que no le mueva otro impulso que realizar la justicia.*

Esa última frase dice muchísimo: «que no le mueva otro impulso que realizar la justicia». Pues bien, en esta orientación la verdad es que no se ha trabajado, porque se han solido describir las circunstancias que llevan a la estimación de cada causa de recusación, pero no se ha profundizado en el transfondo común de dichas causas, es decir, en su auténtica razón de ser. Porque lo cierto es que no se acierta a definir esa razón de ser, y por ello han surgido expresiones como *alienità*, desinterés objetivo (en el objeto del juicio) [36], *terzietà* [37] o *estraneità* [38], o «incompatibilidad de funciones procesales» [39], aunque esta última solamente en un supuesto particular. Todas estas expresiones tratan de dar con un término que recoja dicha esencia, aunque el tema parece estar lejos de resolverse.

Tomando como ejemplo lo dispuesto en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [40], lo que ha dejado de lado la doctrina hasta el momento

---

[34] Lo destaqué en J. NIEVA FENOLL, *La incoación de la instrucción penal*, Barcelona, 2001, p. 80, nota 249.

[35] E. RUIZ VADILLO, *La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española*, La Ley, 1996, t. VI, p. 1641.

[36] A. DE LA OLIVA SANTOS (con M. Á. FERNÁNDEZ LÓPEZ), *Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, 1991, p. 27.

[37] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Barcelona, 1995, p. 567.

[38] E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1992, pp. 469-470.

[39] MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999, pp. 243 y ss.

[40] Reproduzco las causas de parcialidad contenidas en dicho precepto para mayor claridad:

«1. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.

2. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

3. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

5. Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.

6. Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.

7. Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

es que, salvo una causa muy concreta, todo el resto de causas de parcialidad descritas en ese artículo se reducen simplemente a una sola: la designada, con bastante ambigüedad, como «amistad íntima o enemistad manifiesta».

Desde luego, son reconducibles a dicha causa todos los vínculos de parentesco o tutelares (causas 1, 2, 3 y 15), o bien laborales (6, 12, 13 y 16) y aquellas en que el juez ha sido demandante o demandado, o denunciante o denunciado por/de alguna de las partes en ocasiones anteriores (causas 4, 5, 7 y 8). Y por supuesto la omnicomprensiva causa 14. Pero también debe incluirse, pese a su formulación objetiva, la causa 11, «tener interés directo o indirecto en el pleito o causa», puesto que es complicadísimo en el plano psicológico que efectivamente dicho interés no tenga absolutamente nada que ver con el afecto o animadversión que se sienta hacia las partes. Desde luego, puede darse el caso en que no sea así, pero el resultado será el mismo que si existiere efectivamente dicha amistad o enemistad: que se sentirá más proximidad o simpatía hacia la solución del caso que propugne alguna de las partes, o incluso hacia ninguna de ellas, como podría suceder en el supuesto de que el juez fuera una especie de interviniente principal [41] encubierto. Pero incluso en ese caso, sentiría animadversión por ambas partes.

Sólo existe una causa que sería necesario forzar hasta límites irracionales para sustentar la existencia de una animadversión —o afecto— judicial: «haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia». Es decir, la causa 11. Aunque, desde luego, de esa previa participación haya podido derivarse una simpatía o antipatía, lo cierto es que ante la acumulación de asuntos que sufre cualquier juzgado, y ante la indiferencia y objetividad de cualquier juez en su trabajo, lo lógico, o al menos lo habitual, es que no sea así.

Ahondando, aunque no excesivamente, en el transfondo psicológico de dichas causas de parcialidad, se descubre con claridad que la razón de que la

---

8. Tener pleito pendiente con alguna de éstas.
9. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.
10. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.
11. Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.
12. Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.
13. Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.
14. En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.ª a 9.ª, 12.ª, 13.ª y 15.ª de este artículo.
15. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.
16. Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad».

[41] En el sentido de la intervención principal de terceros en el proceso.

causa 11 sea diferente de las demás es que detrás de todas las causas de parcialidad —salvo esa 11— existe una emoción, que se conoce como el «afecto». O bien su contraria, descrita normalmente con el término «odio» [42]. Pero detrás de la causa 11 no existe nada de eso, sino uno de los sesgos de información que vimos más atrás, el de «exceso de confianza en el juicio emitido», provocado por el heurístico «anclaje y ajuste». Es decir, que una vez que se ha formado criterio sobre un asunto, es dificilísimo cambiar de opinión y, de hecho, todos los nuevos datos que puedan venir sobre el caso concreto, nuestra mente los suele reinterpretar de manera que reafirmen la opinión inicial. Lo cual conduce, evidentemente, a un juicio erróneo.

Es verdaderamente sorprendente que, intuitivamente, el legislador haya identificado solamente uno de esos sesgos, pero no haya parado mientes en los demás, ni tampoco en el resto de emociones, salvo en el «temor», pero no como causa de parcialidad, sino como ocasionadora de la nulidad de actuaciones, en el supuesto en el que el juez haya sufrido violencia o intimidación [43]. Vamos a ver a continuación qué incidencia pueden tener esos sesgos que ya fueron estudiados anteriormente, y las emociones, en la imparcialidad judicial, es decir, en el anunciado propósito de que al Juez «no le mueva otro impulso que realizar la justicia».

B) Posibilidad de la introducción de nuevas causas de parcialidad

En este epígrafe intermedio, antes de pasar a la cuestión de la valoración probatoria y la imparcialidad, puede resultar interesante reflexionar sobre la viabilidad de recoger en las leyes alguno de esos elementos, citados en el anterior epígrafe, como causa de abstención o de recusación. Porque lo cierto es que rompen la objetividad que debe tener un juez.

Centrándonos en las más habituales en el ámbito judicial, las emociones sobre las que habría que realizar un análisis serían la «alegría», la «tristeza» y la «ira». Y entre los sesgos, cabría mencionar los ya explicados «sesgo egocéntrico» [44] y «perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación» [45], también derivados del heurístico «anclaje y ajuste». Asimismo debe ser objeto de examen la incidencia del sesgo «tiene sentido», y del de «minimización de la carga cognitiva».

De todos es sabido que ninguna persona que tiene que emitir una opinión la emite de la misma forma si está airada o si está tranquila. Y también es cierto que un juez con dilatada experiencia en determinados asuntos, con el tiempo tiende a resolverlos todos de la misma forma, sin pararse demasiado en los detalles, lo que puede redundar en que su decisión sea errónea [46]. Lo

---

[42] *Vid.* T. HÜLSHOFF, *Emotionen*, München, 2006, p. 142.
[43] *Vid.* arts. 238.2 y 239.1 LOPJ.
[44] Creencia errónea de que todo el resto de humanos piensa como él/ella.
[45] Persistencia en la creencia de un conocimiento previo, por mucho que posteriormente se demuestre que es erróneo.
[46] En el fondo, ello es consecuencia del heurístico de la representatividad que analizamos líneas atrás.

que cabe preguntarse es si ello es auténticamente controlable, o incluso reducible a una causa de recusación.

La respuesta a esta última pregunta, desde el punto de vista estrictamente teórico, debiera ser afirmativa, porque todos esos sesgos y emociones afectan a la objetividad del juez. Pero el problema es si materialmente resulta posible construir causas de recusación con esas emociones y sesgos, de manera que sea razonablemente objetivable la situación en que se producen, como ocurre con el resto de causas de parcialidad.

Y en este sentido, con respecto a las emociones, pese a que la práctica totalidad de las causas de recusación están fundadas en dos emociones, el afecto y el odio, no resulta factible introducir las demás, porque no suelen resultar objetivables. Que un juez esté alegre o que esté triste no es algo que se pueda concretar en una clara manifestación externa, normalmente. Simplemente ocurre, y viene propiciado por causas muchas veces ajenas a su actividad judicial. Desde luego que ello puede influir en su benevolencia en ciertos asuntos, pero no hay manera de controlarlo y, por ello, salvo que esas emociones acaben constituyendo un trastorno bipolar con los típicos episodios maniacos o depresivos [47], no podrían en absoluto controlarse esos estados. Lógicamente, en caso de que derivaran estos episodios en enfermedad psiquiátrica, el juez debería ser apartado de su función hasta su completo restablecimiento. Sería planteable, desde luego, solicitar la nulidad de actuaciones de un proceso en caso de que el trastorno venga de más atrás, como suele ser habitual. Pero tal causa de nulidad no existe y, en el fondo, concedamos que es muy complicado —aunque no imposible— demostrar en un caso concreto que dicha enfermedad influyó directamente en las decisiones del juez, lo que hace dificilmente viable defender la introducción de esta causa de nulidad. Aunque en caso de haber incidido la enfermedad en el juez, lo cierto es que el mismo seguramente había perdido la objetividad para juzgar. Sin embargo, como digo, es muy difícil objetivar esos hechos en una causa de parcialidad, o incluso de nulidad, salvo que la actuación judicial estuviera claramente lastrada por la enfermedad, caso en el que, a mi juicio, debería pensarse en establecer dicha causa, al menos de parcialidad.

Diferente por completo es la ira, puesto que, como ya dije, la misma sí que es objetivable. Si un juez incurre en una desconsideración con una de las partes o con su letrado, aunque ese hecho sea solamente constitutivo de falta leve, es obvio que detrás de esa desconsideración está la emoción «ira». Puede expresarse con gritos o simplemente a través de un sarcasmo, pero la emoción está detrás de ese comportamiento. Por tanto, en los supuestos en que el juez haya tenido una actitud inadecuada durante el juicio, aparte de constituir la falta que proceda, si la misma es perseguida y sancionada, debe ser apartado del conocimiento de aquel proceso. De hecho, la causa de recusación que recoge esta posibilidad es la 5.ª del art. 219, es decir, «haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes». Es cierto que la mera incoación de la

[47] P. Pichot, *DSM-IV. Breviario. Criterios diagnósticos*, Barcelona, 2001, pp. 173 y ss.

denuncia por la falta ya puede predisponer al Juez contra ese litigante, pero la posibilidad de que esas denuncias fueran utilizadas de modo fraudulento para apartar a un determinado juez, aconseja sin duda que haya que esperar al resultado final del expediente incoado para decidir sobre su recusación, ya que si, ciertamente, la denuncia era falsa, la actitud del juez es intachable y, por tanto, puede y debe seguir juzgando en ese proceso[48]. Asunto distinto es que dicho juez crea honestamente que tras la denuncia siente una animadversión por la parte denunciante. Y en ese caso debe abstenerse, al amparo de la causa 9.ª del art. 219.

Con respecto a los sesgos de información, la respuesta es similar. La mayoría de ellos se controlan a través de los recursos. Si un juez ha simplificado excesivamente la situación enjuiciada (minimización de la carga cognitiva), debe alegarse ante el juez *ad quem* —cuando sea posible— ese defecto, que ha podido redundar en un error de motivación, o incluso en una incongruencia. Lo mismo cabe decir del sesgo «tiene sentido». Es decir, si el juez se ha dejado llevar en exceso por el hecho de que la situación enjuiciada se corresponda con otras similares, si finalmente ese juicio ha sido erróneo, se podrá recurrir al tribunal *ad quem* alegando ese defecto, que fundamentalmente puede traducirse en una errónea valoración de la prueba, por haber confiado indebidamente en un «modelo mental» del que no pudo salir, al cuadrarle todo lo que observaba, pasando por alto los resultados de otras pruebas. Algo muy parecido puede sucederle con «la perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación», sesgo con el que el juez distorsiona inconscientemente el resultado de las pruebas practicadas en apoyo de su tesis inicial, simplemente con la voluntad de no tener que modificar dicha tesis.

Diferente por completo puede ser el caso del «sesgo egocéntrico». En jueces que pueda demostrarse que se hallan ideológicamente muy comprometidos, porque así lo hagan constar ellos mismos en declaraciones públicas o incluso en resoluciones judiciales —que de todo ha habido—, estimo que habría que contemplar una causa de recusación específica que ahora mismo no existe, aunque se la echa de menos con cierta frecuencia, porque lo cierto es que un juez ideológicamente comprometido no puede juzgar imparcialmente ciertos asuntos. Pero no existiendo esa causa de recusación, es imposible apartarle del conocimiento de ese proceso.

Las personas tan ideológicamente sesgadas saben perfectamente que no todo el mundo piensa como ellos. Pero tienden a creer que la única opinión

[48] Asunto distinto es que la causa 8.ª, es decir, tener pleito pendiente con alguno de los litigantes, puede llegar a forzarse de manera que el resultado sea el apartamiento del juez del proceso. El mecanismo sería que el particular interesado recurriera ante la Jurisdicción administrativa, la resolución de la Comisión disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial decidiendo archivar la queja, tras la incoación de diligencias. Sin embargo, tal interpretación del art. 423 de la LOPJ no ha prosperado, de forma que la jurisprudencia, reiteradamente, entiende que no asiste la condición de parte al denunciante ante la Jurisdicción administrativa en estos casos. *Vid.* STS (Sala 3.ª) de 26-2-2009, *Id.* Cendoj: 28079130082009100044, FD 3: «Esta Sala viene admitiendo la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción al magistrado denunciado, sino que el Consejo General del Poder Judicial acuerde la incoación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de las atribuciones del mismo».

correcta u obvia sobre ciertos puntos es la suya, porque han perdido el pragmatismo con respecto a ciertos temas, lo que les haría imparciales. La única ideología que debe defender un juez en sus resoluciones es la que se deriva estrictamente de los mandatos constitucionales, y cualquier otra influencia debe quedarse en su fuero interno, pero nunca entremeterse en una resolución judicial.

Sin embargo, ello es muy difícil de descubrir. De hecho, sólo es posible conocer ese sesgo ideológico si el juez manifiesta en sus resoluciones, o en los medios de comunicación, su opinión. Y creo que en ese caso debería ser completamente apartado de ese proceso en cuestión, si efectivamente la opinión expresada condiciona el resultado de ese proceso [49].

En la historia judicial reciente han existido dos casos en que ha sucedido algo parecido a esto. El primero fue el proceso de dos homosexuales de Murcia que solicitaron, como pareja, la tramitación de la custodia de dos menores ante un juez de familia. Dicho juez redactó un auto el 6 de junio de 2007 en el que denegaba dicha custodia, y lo argumentaba en el razonamiento jurídico primero en estos términos:

> *¿Por qué la condición homosexual perjudica a los hijos? Pues, en definitiva, y como decía el demandado, porque los hijos tienen derecho a un padre y a una madre, no a dos madres o a dos padres. Los más prestigiosos especialistas así lo determinan. No hace falta siquiera para ello ser especialista: el sentido común (que a veces es el menos común de los sentidos) así lo dice. El hombre y la mujer son complementarios entre sí. Dos mujeres o dos hombres, no* [...] *Es el ambiente homosexual el que perjudica a los menores y que aumenta sensiblemente el riesgo de que éstos también lo sean.*

Dicho juez fue condenado por retardo malicioso en la administración de justicia [50] con la agravante de desprecio de la orientación sexual [51]. Pero en todo caso, y sin entrar en absoluto en el transfondo ideológico expresado en ese párrafo, lo que queda claro es que dicho juez creía que todo el mundo pensaba como él: «Los más prestigiosos especialistas así lo determinan. No hace falta siquiera para ello ser especialista: el sentido común (que a veces es el menos común de los sentidos) así lo dice». Y, por tanto, incurrió en el sesgo egocéntrico.

Otro supuesto muy interesante, y que generó enorme polémica, fue el acaecido en el propio Tribunal Constitucional con varios de sus magistrados a los que, en el fondo, se pretendía recusar por la existencia, precisamente, de ese sesgo ideológico en relación con la ley de reforma del Estatuto de Cataluña. Se consiguió la recusación de uno de ellos porque había elaborado previamente, en su faceta de profesor universitario, un estudio relacionado

[49] Incluso debería ser apartado en el caso de que su juicio no esté sesgado ideológicamente, en el caso de declaraciones ante los medios de comunicación. Porque parece evidente que después de haber expresado públicamente una opinión directamente sobre la resolución de un asunto, ha revelado datos del mismo, lo que constituye falta grave o muy grave al amparo de los arts. 418.8 y 417.12 Ley Orgánica del Poder Judicial.

[50] Lo que constituye una variedad del delito de prevaricación. *Vid.* art. 449 del Código Penal.

[51] Por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 23-12-2008, que fue agravada por la STS 30-10-2009 (núm. recurso 192/2009).

con el objeto del proceso que habría de enjuiciar [52]. Pero se elucubró también sobre la recusación de otros dos magistrados. En concreto, con uno de ellos, que es el que ahora interesa, no se llegó a plantear dicha recusación, pese a que en otro proceso previo, que versaba sobre la admisión a trámite del proyecto de dicha ley de reforma del Estatuto de Cataluña, dicho Magistrado, en su voto particular [53], había dicho lo siguiente:

> *Con dichas razones deseo dejar constancia de mi disconformidad con el acuerdo de inadmisión adoptado por la mayoría de mis compañeros para, además dejar a salvo mi responsabilidad en lo que creo es un incorrecto proceder jurisdiccional que homologa determinaciones políticas soportadas en criterios disolventes de quienes —en contra de las actuales trayectorias de las naciones de nuestro entorno europeo— abanderan experimentos de tinte independentista que fisuran o propician la fractura de España tal como está concebida en el artículo segundo del actual primer texto legal cuando literalmente afirma que la Constitución se «fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles».*

Es evidente que el magistrado que suscribió estas líneas tenía también un «sesgo egocéntrico», evidenciado con la frase «en contra de las actuales trayectorias de las naciones de nuestro entorno europeo». Y dicho sesgo expresa una ideología, que es absolutamente legítima como ciudadano, sobre la idea de la nación española. Y desde ese punto de vista es previsible cuál hubiera sido su decisión sobre una norma como el estatuto de Cataluña, acusada desde algunos sectores políticos de, precisamente, poner en cuestión la unidad de España. Por ello, por legítimo que sea su punto de vista como ciudadano, es obvio que tras haber expresado dicha opinión en términos claramente políticos —la frase «experimentos de tinte independentista» es especialmente reveladora—, no concurría en él la imparcialidad necesaria. Pero no fue recusado por la inexistencia de una causa de parcialidad para un supuesto así, sobre todo teniendo en cuenta que la opinión había sido expresada en una resolución judicial. Desde luego, por la restrictiva jurisprudencia sobre causas de recusación, no cabía interpretar analógicamente la causa 11, ni ninguna otra, para acoger este supuesto.

La pregunta que cabe formularse es si ese denominado en psicología «sesgo egocéntrico», debería constituir la base de una nueva causa de recusación. Y creo que la respuesta no puede ser otra que la afirmativa. Un juez debe resolver los asuntos que se le plantean, pero no puede expresar pareceres en términos tales que hagan caer a dichas opiniones en el terreno de lo estrictamente ideológico. En el segundo caso planteado, el magistrado en cuestión podía haberse limitado a expresar que la norma estatutaria contravenía el texto constitucional, pero al hablar nada menos que de «criterios disolventes», «experimentos de tinte independentista» y «fractura de España», se excedió, entrando incluso en el terreno de la ironía, tuviera o no razón ideológica en lo que decía, tema sobre el que obviamente no voy a opinar en absoluto.

---

[52] ATC 26/2007, de 5-2-2007. Se estimó la recusación al amparo de la causa 13 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

[53] ATC 85/2006, de 15-3-2006.

Y lo mismo sucedió con el primer magistrado citado. Ideológicamente dicho magistrado puede poseer la opinión que desee sobre la homosexualidad, pero no es legítimo que afirme en una resolución judicial que es «el ambiente homosexual el que perjudica a los menores y que aumenta sensiblemente el riesgo de que éstos también lo sean». Puede defender dicha opinión desde un punto de vista científico, si en algún momento consiguiere hallar algún sustento serio para ello. Puede incluso combatir la homosexualidad como ciudadano desde el punto de vista ideológico, exactamente igual que otras personas la defienden. Y ambas líneas de pensamiento son legítimas dentro del derecho a la libertad de opinión, sin caer en lo peyorativo, lógicamente. Pero si dicha opinión se opone frontalmente a cuanto dispone el ordenamiento jurídico, como es actualmente el caso, dicho magistrado hubiera debido abstenerse, porque obviamente se halla incurso en parcialidad. Nadie puede juzgar con objetividad aquello que rechaza ideológicamente de manera tan clara.

Pero como decía, no existe en la ley una causa de parcialidad para que el juez pueda abstenerse, pese a padecer un evidente sesgo egocéntrico, más evidente aún en este último caso referido. Y como ya dije, dicha causa de parcialidad debería de crearse. No puede ser confundida con una objeción de conciencia, porque el juez en todo caso debe aplicar los preceptos del ordenamiento jurídico, esté o no de acuerdo con ellos [54] y, por tanto, no puede realizar tales objeciones. Es decir, el juez no puede negarse a llevar a cabo actuaciones simplemente por motivos ideológicos. Podría haber rechazado conceder la custodia de los menores de haber encontrado criterios objetivos de inidoneidad en las personas de los adoptantes. Pero no podía refugiarse para ello, como lo hizo, en su condición sexual. Y si, ciertamente, se tenía por parcial en el asunto, debió haberse abstenido, si hubiera dispuesto de una causa para ello.

Es necesario objetivar dicha causa de abstención y recusación para que pueda ser controlable y, sobre todo, alegable no basándose simplemente en rumores. Creo que es esencial que el juez haya sentado públicamente criterio sobre el asunto en cuestión, en términos que sobrepasen un dictamen objetivo del asunto, como sucedió claramente en los dos supuestos referidos. Sin ese testimonio sería demasiado difícil la recusación del juez, e incluso sería comprometido para éste hacer expresión de datos que se refieren a su intimidad, como su ideología.

Por ello, dicha causa de abstención podría formularse del siguiente modo:

> *Haber sentado criterio públicamente sobre aspectos directamente relacionados con el objeto del proceso, en términos tales que se evidencie un sesgo ideológico por parte del juzgador.*

---

[54] El tema es muy problemático, puesto que el juez no debería poder negarse a realizar una actuación de jurisdicción voluntaria, para la que su imparcialidad no se pone en cuestión porque no hay partes enfrentadas. Pero siendo un proceso contencioso, ciertamente el sesgo ideológico debería ser una causa de abstención y recusación, ya que no pensando todos los jueces del mismo modo, puede haber siempre otros que juzguen con mayor objetividad.

De ese modo, el magistrado del Tribunal Constitucional podría haber sido perfectamente recusado [55]. Sin embargo, la suerte del juez de Murcia, salvo que hubiera hecho declaraciones públicas sobre la homosexualidad, incluso en sus resoluciones, antes del enjuiciamiento del caso —caso en el que podría haberse abstenido—, me temo que en el estado actual del ordenamiento jurídico era difícil resolver de modo alternativo a como lo hizo el Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Podría haberse variado el título de imputación quizás [56], pero los hechos son los que fueron y quedaron claramente reflejados por escrito. Con las leyes antiguas en la mano hubiera sucedido justamente lo contrario, puesto que la proscripción de la homosexualidad [57] hubiera impedido a cualquier juez apoyar su decisión en la defensa de la misma. Es decir, un juez del siglo XVIII quizás podría haber concedido la custodia de los menores a dos hombres o a dos mujeres, pero hubiera debido evitar decir, por ejemplo, que «la condición homosexual de los solicitantes favorece el desarrollo intelectual del niño y le confiere una visión mucho más tolerante del mundo, lo que no sucede si la custodia la posee una pareja heterosexual, como dicta el sentido común», simplemente porque dicha reflexión, tan defendible ideológicamente como las anteriormente citadas, es completamente gratuita, innecesaria, está expresada en términos que evidencian un sesgo egocéntrico y en nada contribuye a fundamentar su decisión, como estará pensando probablemente un lector que defienda la opinión del juez que fue condenado al leer la frase entrecomillada. De todos modos, las opiniones de un juez no pueden ir jamás en contra de las que refleja todo un ordenamiento jurídico que el juzgador está obligado a cumplir, como ha sucedido en todas las épocas, en las antiguas y en las modernas.

En conclusión de todos los sesgos y emociones analizados, sólo queda uno, el sesgo egocéntrico, que debería convertirse en causa de recusación, por la especial incidencia que puede tener en materia judicial.

C) Valoración probatoria e imparcialidad

Ahora queda por responder la pregunta que se planteó al principio, es decir, si es posible relacionar la valoración probatoria con la imparcialidad, en caso de que realmente esta última sea una garantía de dicha valoración.

TARUFFO [58] ha conectado la imparcialidad con la obtención de la verdad en el proceso, aunque reflexionando sobre el uso imparcial de las facultades probatorias del juez para obtener esa verdad. Sobre ese tema reflexionaré en los siguientes epígrafes. Pero en el actual creo que debiera dilucidarse si la imparcialidad influye decisivamente o no en la valoración probatoria, o bien

[55] *Vid.*, al respecto, M.ª del C. CALVO SÁNCHEZ, *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Barcelona, 2009.

[56] Como lo hizo el TS pasando al tipo de prevaricación en la STS 30-10-2009, citada anteriormente.

[57] Estaba castigada con la muerte. *Vid. Nov. Recop.* Libro 12, título XXX, Ley I. La ley databa de 22 de agosto de 1497.

[58] TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 121-122.

en la resolución de todo el objeto del proceso, que es lo que implícitamente se ha mantenido hasta el momento.

Sin duda, la pérdida de objetividad provoca que el juez tome de forma diferente la mayoría de sus decisiones en el proceso, tanto en el aspecto de la interpretación jurídica como en el de la valoración de la prueba, aunque ambos mundos no sean en la práctica escindibles más que en el plano teórico. Es decir, un juez parcial sabe de antemano cuál va a ser su decisión, y simplemente «arregla» la motivación de la sentencia para que cuadre de forma más o menos digna con el fallo. Por tanto, la pérdida de imparcialidad tiene una especial incidencia en esa motivación, puesto que en el momento de elaborarla el juez no puede engañarse a sí mismo y se sabe claramente parcial, por lo que a buen seguro modificará sus explicaciones para que parezcan legítimas.

De todos modos, siendo importantísima la incidencia de la parcialidad en la motivación de la sentencia, dicha falta de objetividad se puede padecer ya anteriormente, de hecho, en todas las fases del proceso. Algunos jueces parciales optan por dar una apariencia de ecuanimidad en todas sus decisiones a lo largo del proceso, dejando lo peor para el final. Y otros, en cambio, se muestran parciales ya desde el principio. Pero en cualquiera de estos dos denigrantes supuestos, el momento en el que la parcialidad influye más decisivamente es en el instante de la valoración de la prueba. El juez que se deje llevar por el afecto, el odio, la ira, el sesgo de exceso de confianza en el juicio emitido o el sesgo egocéntrico, es posible que mantenga una aparente posición de imparcialidad durante todo el proceso. Pero a la hora de valorar la prueba, esas emociones y sesgos le van a influir más que ninguna otra cosa. Y en el momento en que le influyan, y esto es lo más importante, estará dejando, en realidad, de valorar la prueba. Es decir, la conclusión es que la parcialidad excluye la valoración de la prueba. O dicho de otro modo, que sin imparcialidad no es posible la valoración de la prueba.

Una conclusión tan contundente necesita ser razonada. Para ello es necesario volver atrás y recordar la definición que ofrecí del concepto de «valoración de la prueba» en su momento: *actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso*.

¿Qué sucede cuando el juez pierde su imparcialidad? Que el juzgador, en realidad, ya no tiene en cuenta su percepción para motivar la sentencia de forma coherente a lo percibido. De ese modo, puede obrar de dos maneras distintas: o bien trata de recoger aspectos puntuales y sesgados de esa percepción para sustentar un resultado probatorio que sabe de antemano que es inadecuado; o bien, peor aún, una vez que es parcial deja ya de «percibir» realmente, y ve solamente lo que quiere ver. Analicemos cada una de estas dos interesantes, aunque aterradoras, conductas.

La primera es la que resulta claramente delictiva, prevaricadora. El juez, obrando en ese caso como el más ruín de los retóricos, intenta dar protagonismo a aspectos secundarios de la prueba que podrían tratar de sustentar su decisión ya tomada de antemano. De ese modo, intenta que

los resultados principales de la actividad probatoria queden en un segundo plano, cubiertos por el inusitado protagonismo que le confiere a esos aspectos secundarios. Por ejemplo, si quiere absolver a un culpable de un homicidio, tratará de explotar al máximo las pequeñas contradicciones en las que seguro que habrán incurrido los testigos que le acusan, porque dichas contradicciones, como veremos en el último capítulo, son inevitables. De ese modo, le conferirá un valor preponderante a dichas contradicciones, dejando en un total segundo plano el hecho principal: la acción de matar a cargo del acusado, en la que coinciden plenamente los testigos. Y también dejará en el olvido el hecho de que el relato de los testigos es sustancialmente coincidente, otorgando un valor exagerado a las citadas contradicciones. Con ello, es posible que consiga un fallo que hasta puede parecer bien fundamentado, aunque sea manifiestamente aberrante en su resultado final.

La segunda de las conductas es posible que ni siquiera sea delictiva, y de hecho es la más frecuente y peligrosa. El juez cree, por ejemplo, en la inocencia del imputado, pero prevé que no podrá fundamentarlo con facilidad en el resultado de los medios de prueba que se practiquen en el proceso. Es posible que conozca previamente a dicho imputado, aunque sólo sea por referencias, o que incluso sin conocerle, le parezca externamente una persona incapaz de matar. Es factible incluso que no tenga una opinión definida sobre el acusado, pero que tras oir su declaración inicial, o algún testimonio especialmente impactante, crea ciegamente en su inocencia.

Con cualquiera de esos últimos perfiles, el juez va a ser víctima propiciatoria del heurístico «anclaje y ajuste». Es decir, en toda la prueba que se practique cerrará los ojos y anulará su percepción, y sólo los abrirá cuando escuche algo que verdaderamente reafirme su pensamiento sobre el acusado. Y si en algún momento consigue percibir algo de lo que no le reafirma dicho pensamiento, no dudará en reinterpretarlo, inconscientemente incluso, a su conveniencia, incurriendo en la ya explicada «perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación». Es algo que ocurre con bastante frecuencia, porque simplifica mucho las cosas al juez el hecho de que ya posea una opinión definida sobre el caso desde el principio. El juez puede pensar erroneamente que ello le ayuda a juzgar y a valorar mejor la prueba. Cuando en realidad lo que sucede es que, como decía, ha dejado a un lado su percepción para concentrarse exclusivamente en lo que reafirma su parecer inicial. Y es posible incluso que decida mantenerse en ese parecer, vea lo que vea durante el proceso, precisamente en la creencia de que de ese modo conseguirá mantener mejor su imparcialidad.

Más atrás dije que el juez no puede percibir sin valorar, ni valorar sin percibir. En la situación descrita, de hecho, deja de desempeñar esa actividad. Aparta su atención de lo que ve y oye. Lo tiene por falso de entrada y, por tanto, desvía su mente hacia otros temas y, como mucho, trata de rebatir sobre la marcha lo que está escuchando, pero sin hacerlo realmente basándose en razones concretas, sino simplemente porque lo que está oyendo no coincide con su opinión inicial. Cualquier abogado sabe que llegados a este

punto durante el proceso, cualquier alegato en defensa de su cliente será ya, normalmente, completamente inútil.

En las dos situaciones descritas, como decía, el juez ha dejado de valorar la prueba. Cuando adapta lo que percibe a lo que le interesa (primera situación), no valora la prueba, sino que sólo busca pequeños datos para sobredimensionarlos y evitar así la valoración del material preponderante en el proceso, que le llevaría a la conclusión contraria a la que ansía. Y cuando simplemente se deja convencer con demasiada facilidad a partir de cierto momento en que ve o escucha algo que le impresiona, también dejará de valorar la prueba. Deseará que el proceso acabe lo más pronto posible para poder empezar a redactar la sentencia que ya tiene pensada desde que tuvo la citada impresión.

Con ello creo que se demuestra que el juez pasará por alto una parte importantísima de los materiales probatorios de un proceso, si pierde su imparcialidad. Ese «pasar por alto» puede ser doloso o negligente, como acabamos de ver. Pero en cualquiera de los dos casos está cerrando los ojos a la realidad, lo que equivale a dejar de valorar. Por ello, reafirmo la conclusión de que en caso de que el juez pierda su imparcialidad, inevitablemente estará anulando su actividad de valoración probatoria. Porque una valoración probatoria realizada sólo en parte o, haciendo un juego de palabras, parcialmente, no está completa y, por consiguiente, no es correcta, lo que equivale a su inexistencia práctica. Por supuesto que formalmente sí parecerá que valoró la prueba, e incluso es posible que en parte sí haya valorado. Pero ése es el problema, que lo ha hecho solamente en parte. Insisto, parcialmente.

La evitación de ello no puede buscarse siempre en las causas de recusación, que tienen el limitado alcance que ya vimos anteriormente, incluso ampliándolas en el sentido ya dicho. Cuando en un proceso se observa que el juez está perdiendo su objetividad, lo único que puede hacerse es intentar advertir públicamente de este extremo, en el propio proceso, aunque ello, por razones evidentes, es complicadísimo. También puede optarse por dar el caso por imposible y aguardar a que el proceso se acabe, esperando mejor suerte en el recurso. Pero ello es peligrosísimo, puesto que los tribunales *ad quem* suelen ser reticentes, por error y por desgracia, a revisar la valoración de la prueba[59]. Otros Letrados, mientras el proceso sigue pendiente en la instancia, intentan aportar actividad probatoria que impresione nuevamente al juez, tratando de cambiar su criterio con ese golpe de efecto. Pero todo ello no pasan de ser trucos retóricos más cercanos al terreno de la picaresca que al del regular desempeño de la profesión jurídica, por efectistas, o incluso eficaces que puedan ser esos trucos.

Resulta muy complicado ofrecer remedios a esta situación, porque, además, el juez no suele ir manifestando su opinión durante la práctica de la

[59] *Vid.* C. M. de Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 114. H.-E. Henke, «Rechtsfrage oder Tatfrage-eine Frage ohne Antwort?», *ZZP*, 81. Band, Heft. 3-4, 1968, p. 374. J. Igartua Salaverría, «Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)», *La Ley*, núm. 6812, 2-11-2007.

prueba, aunque pueda inferirse en parte de algunos de sus comportamientos. Pero no obstante, tratar de deducir algo así de simples actitudes del juez es siempre altamente inseguro. Creo que, salvo que el juez incurra en conductas evidentemente rechazables revelando ingenuamente su parcialidad, lo único que puede remediar una valoración sesgada es una acertada formulación de conclusiones, que sirva para corregir los posibles defectos de percepción. Pero lo que entiendo que habría de ser todavía más eficaz sería una instrucción del juez en los aspectos señalados en el primer epígrafe de este capítulo, puesto que sólo conociendo cómo se incurre en parcialidad, resulta más sencillo evitar caer inadvertidamente en la misma.

Con todo y con eso, hay que reconocer que una vez relacionado el concepto de valoración de la prueba con el de imparcialidad, lo cierto es que el control de su mantenimiento es muy difícil de obtener hasta las últimas consecuencias, lo que resulta ciertamente frustrante. Pero es el resultado de la falibilidad humana, y ante ello sólo cabe proceder como se ha indicado: en principio a través de actuaciones preventivas procediendo a la enseñanza del juez en materia del transfondo psicológico de la parcialidad; pero también con la debida formulación de conclusiones a cargo de las partes, una vez practicada la prueba. Si fallan estos dos mecanismos, sólo quedará intentar la crítica de la valoración probatoria a través de los recursos.

Desde luego, hay que reconocer que cualquiera de las tres salidas no es cien por cien segura. Pero también hay que reafirmar que esas salidas son las únicas que pueden aportar, en algún momento, resultados absolutamente eficaces, especialmente si se practican conjuntamente las dos primeramente citadas.

3. LA CORRECTA RECOPILACIÓN DE TODA LA PRUEBA

Otro de los temas en los que, nuevamente, vuelve a repararse muy poco, es en el relacionado con la recogida de todos los vestigios de la pequeña historia del litigio. En cualquier proceso se confía esta actividad completamente a las partes, sea éste civil, laboral o incluso administrativo. Solamente en el proceso penal, y en algunos procesos civiles inquisitivos, existe una mayor implicación judicial en la recopilación de todas las llamadas «piezas de convicción». Aunque en los procesos civiles inquisitivos esas conductas no sobrepasan el terreno de lo testimonial, e incluso en la práctica del proceso penal ello ocurre, en realidad, pocas veces.

Ante la jurisdicción penal, quien se encarga de recopilar la prueba son, o bien las partes, o bien el órgano delegado de la autoridad judicial especializado en esta materia: la policía judicial. Pero sin embargo, esa recogida de vestigios no suele realizarse por orden judicial, sino más bien, y sólo en ocasiones, previa una autorización judicial. Quiero decir con ello que la policía judicial no suele actuar siguiendo las instrucciones investigadoras de los jueces, ni mucho menos de los fiscales, ni siquiera en los Estados en los que estos últimos tienen asumida la instrucción penal. Lo que sucede es que la

policía investiga por su cuenta, y cuando se encuentra ante la necesidad de llevar a cabo una actuación innegablemente vulneradora de derechos fundamentales, no tiene otro remedio que pedir una autorización judicial porque así se lo suelen ordenar las leyes. Pero insisto en que, normalmente, el juez se limita a autorizar, y no acostumbra a tener implicación alguna en la investigación, es decir, en la actividad de recogida material de los vestigios. Ni siquiera, en realidad, en la dirección de esa actividad, pues normalmente suele dar por bueno el programa de actuaciones que le presenta la policía judicial.

Esta situación se refleja en las leyes sólo en parte, puesto que si bien leyendo la ley procesal civil sí que queda claro que lo que haga el juez en materia de recogida de vestigios depende de las partes, en el proceso penal parece todo lo contrario, es decir, aparentemente es el juez quien investiga materialmente, cuando ello en realidad no es así. Analicemos críticamente las consecuencias de esta situación.

A) El papel del juez en la recogida de la prueba

A primera vista, viendo la situación de la planta judicial de casi cualquier Estado, escasa en número, y teniendo en cuenta que la Justicia no suele ser la prioridad presupuestaria de ningún Gobierno, bien parece que, no ya por motivos ideológicos, sino por puros motivos de practicidad, es mejor dejar las cosas como están [60]. Es decir, que el juez no se encargue para nada de la recogida de los vestigios, y que sólo en parte pueda plantearse que se ocupe de ese tema en el proceso penal.

Sin embargo, esta manera de entender las cosas aleja a los jueces de la prueba, de manera que cuando los juzgadores observan el material probatorio, tienen ante sí unos elementos que ya han venido condicionados por las partes en el mejor de los casos, o por la policía judicial en el proceso penal, lo que desde luego no es la mejor de las maneras de disponer imparcialmente de toda la prueba en dicho proceso penal. Las partes aportarán evidentemente lo que les interesa, que no siempre será lo que contribuya al esclarecimiento de los hechos. Pero es que la policía, llevada por un empeño lógico en conseguir que la investigación sea eficaz para la incriminación, aportará pruebas de cargo, dejando muchas veces el material de descargo en el olvido, lo que, desde luego, no constituye una aportación imparcial de los elementos de juicio al proceso [61].

Es decir, el problema de que el juez no se implique en esa labor de recogida es que todo el material que se le presentará será necesariamente parcial,

---

[60] En sentido similar, De la Oliva Santos (con Díez-Picazo Giménez), *Derecho procesal civil*, cit., p. 274.

[61] Como dijo el Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, D. Ramos Gancedo: «La investigación policial o judicial implica intensamente a quien la realiza, reduciendo su capacidad de crear distancia crítica respecto de la propia actuación que, así, resulta inevitablemente teñida de parcialidad objetiva». Voto particular a la STS 4-12-2006 (núm. recurso 10248/2006).

nuevamente en un doble sentido: parcial porque se lo traen las partes, y parcial también porque no ha sido recogido con objetividad. La cuestión que se plantea es si las cosas podrían ser distintas, es decir, si sería mejor que el juez participara activamente en esa labor de recogida.

Para resolver esa cuestión es preciso tener en cuenta diversas variables. En primer lugar, es imposible que el juez pudiera asumir la labor de pesquisa en cada proceso que se celebre y, además, ideológicamente sería más que objetable que verdaderamente tomara ese partido. El proceso se inicia, en la enorme mayoría de las ocasiones, porque existen dos partes enfrentadas. Pues bien, parece que lo legítimo es que dichas partes puedan aportar libremente los medios de prueba que deseen, con los únicos límites que veremos a continuación. De hecho, ello forma parte de su esencial derecho a la defensa [62].

Sin embargo, en el proceso penal las cosas pueden ser distintas. Es muy frecuente que las partes no puedan aportar la prueba, o incluso obstaculicen la recogida de vestigios para esconder las huellas de su crimen. Si se tiene en cuenta, además, que dicha recogida de vestigios suele afectar relevantemente a varios derechos fundamentales, parece imprescindible la participación oficial en esta fase de recogida de elementos de prueba.

Lo que cabe discutir es si sería más conveniente que de esa fase se hiciera cargo el juez o el Ministerio Fiscal, trayendo a colación la tradicional polémica sobre este punto que tantas páginas de la literatura jurídica ha llenado ya, de momento sin que se hayan acercado excesivamente las posiciones, dicho sea de paso. Sin desear terciar en dicha polémica [63], porque no es necesario para resolver la cuestión del presente epígrafe, debe decirse que lo único que es verdaderamente fundamental es que el juez que debe juzgar el caso concreto no haya participado en absoluto en la recogida de esos elementos de prueba. Es completamente cierto que esa actividad de recopilación no implica enjuiciamiento [64], sino que está concebida para permitir en un momento posterior el enjuiciamiento [65], que es muy distinto. Pero es igual de obvio que quien realiza esa actividad de recogida va a sentar criterio sobre el caso concreto. Por ello, quien lleva a cabo la recopilación de los

[62] Como lo explica extensamente A. CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, 1998, pp. 276 y ss.

[63] Lo más representativo de esta polémica puede leerse en M. PASTOR LÓPEZ, «El sumario: Su función y naturaleza jurídica», *RDProc.*, 1965, pp. 93-94. SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio oral», en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 767-768. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, Fiscales «investigadores», y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, p. 85. F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *Notas sobre la instrucción y el fallo en el enjuiciamiento penal (Comentario a la STC de 12 de julio de 1988)*, La Ley, octubre de 1988, p. 6. T. MUÑOZ ROJAS, «Una síntesis del proceso penal abreviado (LO 7/1988)», *Actualidad Penal*, 1989, pp. 2142-2143. N. TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 29. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿El Juez de instrucción es inconstitucional?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 261 (19-9-1996), p. 4. V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2007, pp. 54 y ss. J. GARBERÍ LLOBREGAT, «¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente», *La Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1823 y ss.

[64] Con similares palabras, SERRA DOMÍNGUEZ, «La instrucción en los procesos penal y civil: el sumario», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 720.

[65] En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, «El Ministerio Fiscal», *RDProc*, 1979, pp. 644-645.

vestigios no puede juzgar *a posteriori*, porque ya tiene una opinión sobre la *materia iudicanda*, lo cual no es sino una necesaria consecuencia del sistema acusatorio.

Ahora bien, lo que sí resulta necesario es que esa actividad de recogida, en procesos como el penal —o incluso como en algunos civiles inquisitivos—, esté supervisada por un sujeto de derecho del que pueda predicarse la objetividad. La razón es que si se abandona esa actividad a la policía judicial, la realidad es que en el proceso aparecerá únicamente la prueba que sirva a la incriminación, como suele ser habitual, siendo muy compleja la defensa en estos términos. Por ello, sea un juez de instrucción o sea un fiscal, como de ambos puede predicarse la objetividad en su modo de trabajar, ambos serían, exclusivamente desde este punto de vista, aptos para la supervisión directa de esa actividad policial investigadora. Y, dicho sea de paso, justamente en este aspecto creo que tendría que radicar el peso de la decisión final sobre si se pone al frente de la instrucción a un juez, o bien a un fiscal. Habría que decidir cuál de ellos, por su manera habitual de trabajar y el resto de funciones que está destinado a desempeñar, está en mejores condiciones de supervisar la labor policial, no esperando a que las comisarías y unidades de la policía judicial le pasen los informes de criminalidad, sino participando directamente en las investigaciones policiales, controlando su inicio y curso posterior en los lugares donde desempeñen su tarea [66].

Por identidad de razón, parece conveniente que en los procesos civiles inquisitivos sea el Ministerio Fiscal quien tenga intervención en este aspecto, cuando sea necesario. Muchas veces vemos que las leyes prevén la presencia del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos, y observando la práctica de los mismos se detectan en ocasiones injustificables ausencias de los Fiscales, propiciadas a veces porque su intervención en algunos procesos no tiene demasiado sentido actualmente [67]. Es posible que reorientando su labor hacia las funciones de recogida de elementos de convicción, su intervención pudiere cobrar un sentido que, en ocasiones, actualmente le falta. Para ello sería necesario conferirles esta función en exclusiva, eliminando la prueba judicial de oficio en estos procesos [68] o al menos situándola en un plano más

[66] Aún sin querer entrar en el tema, si el punto importante de la decisión es el anunciado, parece evidente que debiera ser el Ministerio Fiscal el escogido. Al juez se le enseña a juzgar, y es fundamental que quien haga estas funciones no sea alguien que esté acostumbrado a sentar criterio definitivo sobre un asunto, sino que se le prepare más bien para realizar las funciones anunciadas en el texto principal. Teniendo en cuenta la ya extensa formación de un juez, creo que sería bastante más racional, a todos los efectos, que fuera un Fiscal quien desempeñara esta función de dirección y supervisión de las investigaciones policiales, eliminando de una vez por todas los múltiples ángulos muertos que tienen dichas investigaciones, y que no tienen justificación alguna en el ordenamiento jurídico.

[67] En los procesos de nulidad matrimonial (art. 749 LEC), así como en los procesos sobre eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos (art. 778 LEC), hay que reconocer que en el estado actual de la legislación, la intervención del Ministerio Fiscal tiene muy poco sentido. Cuando la legislación era muy proteccionista del vínculo, la intervención del Ministerio Fiscal podía servir para descubrir intentos de divorcios encubiertos. Pero en la situación actual de la institución del divorcio, salvo que existan hijos menores o incapacitados, la intervención del Ministerio Fiscal carece de todo sentido.

[68] *Vid.* art. 752 LEC.

marginal para poder conseguir la mayor imparcialidad judicial [69]. Sin embargo, a tal fin resulta preciso, como digo, reorientar las funciones de recogida de vestigios del Ministerio Fiscal, que actualmente no desempeña realmente, mejorando su coordinación con los organismos administrativos que normalmente asisten en estos casos, de manera análoga a lo propuesto con respecto a la policía judicial.

B) Participación judicial en la proposición y admisión de medios de prueba

No obstante lo anterior, en la fase en la que más se ha discutido la intervención judicial ha sido precisamente en la de proposición de la prueba. La pregunta es si el juez puede o no disponer de oficio la práctica de algunas pruebas. Lógicamente, debatiremos sobre esta cuestión al margen de lo que disponen los distintos ordenamientos.

Las posiciones sobre este tema están actualmente algo enfrentadas, supuestamente por motivos ideológicos. Sin duda, el tema es polémico, curiosamente, en cualquier proceso. En el proceso civil destacó como viso de modernidad, en su día, una mayor implicación del juez en la proposición de prueba. De hecho, la tendencia se basaba en las disposiciones del Código procesal austriaco inspirado por KLEIN, ideas que a su vez provenían de la lucha por la superación de la fuerza de las pruebas legales en el proceso civil, como ya vimos más atrás.

Pero como ya se dijo, la posibilidad de implicación del Juez en la proposición de la prueba a fin de averiguar la verdad venía de mucho más atrás. Es cierto que el art. 340 [70] de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 introdujo las antiguas diligencias para mejor proveer en el proceso civil para que el Juez, de oficio, antes de dictar sentencia, pudiera traer a colación algún elemento probatorio que observara que no había sido aportado por las partes. Pero esa facultad databa de una práctica mucho más remota [71], basada en las admoniciones para averiguar la verdad que realizaban las

---

[69] Que se pone seriamente en cuestión en estos casos. *Vid.* las interesantes reflexiones sobre el tema de ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio*, cit., pp. 187-188.

[70] En su versión original, el precepto tenía el siguiente redactado: «**Art. 340.** Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los Jueces y Tribunales acordar, para mejor proveer:

1.º Traer a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.

2.º Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.

3.º Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.

4.º Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

Contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el tribunal les conceda».

[71] Práctica que refiere J. M.ª MANRESA NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Madrid, 1883, p. 59.

Partidas [72]. Y por tanto, al menos esta concreta práctica no era fruto de las corrientes de pensamiento germánicas del siglo XIX.

Sea como fuere, este es otro de los puntos en los que la reacción de parte de la doctrina ha sido nuevamente vehemente [73], recurriendo, de hecho, a los antiguos argumentos del quebrantamiento del principio de aportación de parte, pero añadiendo una notable carga ideológica a sus argumentos, que no resulta comprensible si se atiende, por ejemplo, a las prácticas judiciales castellanas previas al siglo XIX que acabo de referir. Es decir, que la práctica de la prueba de oficio ya existía mucho antes del nacimiento de los regímenes totalitarios del siglo XX.

Pero es que el tema también ha sido objeto de discusión en el proceso penal. En el mismo, la facultad de prueba de oficio está prevista, por ejemplo, en el art. 729 LECrim [74]. Y ha sido confundida con cierta frecuencia con un supuesto carácter inquisitivo del proceso, simplemente porque dicha prueba de oficio figuraba entre las características del antiguo sistema inquisitivo, junto a muchas otras que añade la doctrina como propias de este sistema y que nada tienen que ver, por cierto, con un supuesto carácter inquisitivo del proceso [75], que se caracteriza exclusivamente por el hecho de que coincida la persona del juez y el acusador, y nada más [76]. En realidad, en esa afirmación sólo ha existido un cierto empeño en identificar con «lo inquisitivo» todo aquello que se deseaba descalificar [77], empeño que data de los debates en la Asamblea Constituyente francesa de finales del siglo XVIII, como vimos líneas atrás al hablar de los orígenes de la libre apreciación de la prueba.

---

[72] *Vid.* Partida 3.ª, título IV, Ley 11.

[73] *Vid.* F. CIPRIANI, «Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)», *Rivista di Diritto processuale civile*, 1995, pp. 969 y ss. F. CIPRIANI, «Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan», *Rivista di Diritto processuale civile*, 2003, pp. 455 y ss. G. MONTELEONE, «Principi e ideologia del processo civile: impressioni di un "revisionista"», *Rivista di Diritto processuale civile*, 2003, pp. 575 y ss. G. VERDE, «Las ideologías del proceso en un reciente ensayo», en AAVV (coord. MONTERO), *Proceso civil e ideología*, pp. 67 y ss. G. MONTELEONE, «Intorno al concetto di verità "materiale" o "oggettiva" nel processo civile», *Rivista di Diritto processuale civile*, 2009, pp. 1 y ss. M. TARUFFO, «Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2009, pp. 723 y ss.

[74] «**Art. 729.** Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

3. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles».

[75] En J. NIEVA FENOLL, «El "último" proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación)», en *Jurisdicción y proceso*, Madrid, 2009, pp. 167 y ss, expongo algunas de esas características.

[76] Como demostró contundentemente, a través de una exhaustiva investigación histórica, M. FONSECA ANDRADE, *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, Curitiba, 2008.

[77] *Vid.* M. TARUFFO, «Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2006, p. 452.

Cuestiones ideológicas aparte [78], creo que para afrontar debidamente este tema hay que resolver tres puntos previos. En primer lugar, hay que ver si esta actividad de proposición, si se sitúa en manos de los jueces, contribuye a una mejor valoración de la prueba. En segundo lugar, habría que resolver si la proposición de prueba de oficio rompe realmente la necesaria imparcialidad judicial. Y, en tercer lugar, también habría que dar respuesta a una cuestión que no se ha afrontado todavía en realidad: entiendo que hay que determinar si la actividad que desempeña el juez a la hora de proponer *ex officio* la prueba, es sustancialmente diferente a la que lleva a cabo cuando realiza la admisión de la prueba, lo que tiene que conducir a reflexionar sobre el significado y sentido del concepto de pertinencia.

La primera cuestión es de muy sencilla respuesta. Evidentemente que la prueba, si es propuesta de oficio, contribuye al más eficaz trabajo judicial, siempre que el juez esté debidamente informado de cuáles son los hechos cuya existencia se desconoce, y que son esenciales para determinar qué fue lo que sucedió realmente. Quiero decir que si lo que se presenta ante el juez es un listado de dichos hechos, o al menos el juez puede deducirlo de las afirmaciones de las partes, lo que parece más oportuno —implicaciones ideológicas aparte— es que aquel que está llamado a resolver sea quien decida los medios más adecuados para averiguar lo sucedido [79]. No hay ningún detective que acuda a otra persona para que le indique qué medios son los más adecuados para realizar su trabajo. Puede ser que se asesore puntualmente sobre los últimos avances científicos o tecnológicos. Pero será ese detective el que tomará la última decisión, porque es él mismo el que tiene que realizar su dictamen. Por consiguiente, desde un punto de vista exclusivamente práctico, sin otras consideraciones, parece que la proposición oficial de prueba sería la mejor manera de esclarecer los hechos [80]. Y si, además, como ocurre en el proceso, la decisión viene precedida de un debate con las propuestas que a tal efecto realicen las partes, la resolución sobre la proposición y la admisión puede ser de lo más perfecta técnicamente hablando, siempre que el juez tenga un buen criterio, lógicamente.

Ahora bien, la pregunta que seguidamente cabe plantearse es si esta actuación judicial rompe la garantía de la imparcialidad [81]. Y en este punto, dejando de momento al margen la problemática con el principio dispositivo y el de aportación de parte, existe un grupo de autores que defienden la idea de que la proposición de prueba de oficio efectivamente sería incompatible con la imparcialidad. Sustentan su pensamiento, en el fondo, en un único argumento: si el juez propone prueba, está ayudando inevitablemente a alguna de las partes [82].

---

[78] Sobre las mismas, *vid.* J. Parra Quijano, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004.

[79] Como argumenta Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 121, la pasividad judicial en este sentido sería «contraepistémica».

[80] Cfr. Ramos Méndez, *Enjuiciamiento civil*, I, cit., p. 631.

[81] Sobre el tema, *vid.* J. F. Etxeberría Guridi, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, cit., pp. 154 y ss.

[82] De la Oliva Santos (con Díez-Picazo Giménez), *Derecho procesal civil*, cit., pp. 276-277: «Si el demandado es descuidado, ¿por qué tiene el tribunal que cuidarse de remediar su descuido? Si lo

Sin embargo, los autores que entienden que la prueba de oficio y la imparcialidad son compatibles, despliegan un elenco de argumentos que, sin duda, resulta más variado para descartar que estos poderes del juez afecten a la imparcialidad. Argumentan que el juez desconoce el resultado de la prueba que propone, por lo que no sabe si beneficiará a una o a la otra parte, o incluso a ambas [83]. Es decir, que la pérdida de la imparcialidad se produciría si el juez ejercitara esos poderes probatorios de forma parcial, pero no si conserva su objetividad o neutralidad [84]. Añaden que la facultad probatoria del juez se utilizaría para esclarecer el caso concreto presentado por las partes, y no para favorecer *a priori* la versión de una o de otra [85]. E incluso se ha argumentado que el juez no puede tolerar que el interés de las partes se lleve tan lejos como para permitirse el lujo de fallar de modo injusto por esas insuficiencias de prueba [86].

Esos son los argumentos de unos y otros autores, exclusivamente en lo que a la imparcialidad se refiere. Y debo decir ya de entrada que la polémica, teniendo en cuenta tanto lo que supone la prueba de oficio como la imparcialidad, resulta un poco sorprendente. Además, es paradójico que, como vimos, no haya sido auténticamente estudiada la relación entre valoración de la prueba e imparcialidad, siendo ésta evidente, y en cambio la relación

---

hace, le estará favoreciendo, en perjuicio del demandante. Y si remedia la insuficiencia probatoria del demandante, ¿no perjudicará indefectiblemente al demandado? Y, ¿por qué colocar al tribunal en el trance de adelantarse al resultado de las pruebas propuestas y admitidas? ¿No está el juez, al formular esa indicación, añadiéndose como asesor al Abogado de la parte de que se trate?». J. MONTERO AROCA, «El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria», en: AAVV (coord. MONTERO), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006, p. 159: «...si el proponer pruebas de oficio es incompatible con el sistema acusatorio, dado que entonces el juez asume una función propia de las partes, no alcanzo a comprender cómo el acordar pruebas de oficio en el proceso civil no afecta a esa garantía esencial de la condición de tercero (o *terzietà*) o no la afecta en el mismo grado o existe un riesgo menor o mínimo de pérdida de la garantía imparcialidad (por mantener la terminología usada normalmente)». Reafirmando la conclusión al relacionar el tema incluso con la institución de la carga de la prueba, A. ALVARADO VELLOSO, «La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento», en *Proceso civil e idología*, cit., pp. 240 y ss. Y en similar sentido, aunque en este exclusivo punto y *a sensu contrario*, J. PICÓ JUNOY, «El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en *Proceso civil e ideología*, cit., p. 125: «Sin embargo, atendiendo a los límites que anteriormente se han indicado sobre la iniciativa probatoria del juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en los autos, se evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes».

[83] ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio*, cit., p. 160.

[84] TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 122.

[85] En sentido similar, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, I, cit., p. 631.

[86] Es ciertamente interesante la lectura de J. CARRERAS LLANSANA, «Facultades materiales de dirección», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 259: «Entendemos que en esta ordenación resulta censurable únicamente la subordinación del acuerdo sobre recibimiento a prueba a la petición de alguna de las partes; es el juez, en realidad, quien sin mengua para el principio dispositivo rectamente entendido debe decidir si los hechos han sido o no admitidos enteramente y si por ello hace falta que las partes le demuestren la certeza de todos o parte de los hechos alegados. Es el juez quien en su día ha de decidir a fijar la base fáctica de su decisión, y por ello resulta absurdo que se le prive de la facultad de determinar si es o no necesaria la prueba. Es más, la experiencia demuestra que a veces, por olvidos involuntarios, se ha debido fallar sin prueba un proceso que la requería, y el respeto al interés de los litigantes no puede llevarse tan lejos que se obligue al juez a fallar de modo injusto por olvidos o deficiencias no imputables siquiera a las partes, sino a sus representantes o defensores».

entre imparcialidad y prueba de oficio, no siendo tan evidente, haya generado algunos comentarios tan encendidos. Y no es tan obvia porque la misma quiebra de la imparcialidad que se ve en esta actividad de oficio del juez, hubiera podido ser vista en cualquier otra actividad igualmente oficial del juzgador, y en cambio no ha sido así [87].

En realidad, el origen de esta polémica está en la antigua discusión generada con el concepto de «verdad material», y se remonta, como ya vimos, a ENDEMANN. Recordemos que dicho autor se quejaba de que estando el proceso civil regido estrictamente por el principio de aportación de parte, no se podía obtener la auténtica verdad en el proceso [88], dado que el juzgador quedaba al arbitrio de lo que dispusieran las partes en materia probatoria. Por ello propuso una matización de dicho principio, dejando al margen a la confesión judicial [89], al no reconocerle auténtico valor probatorio. Sin embargo, al hilo de esa discusión, ya vimos que WACH [90] había puesto en cuestión que la averiguación de la verdad material fuera un fin del proceso civil, dado que ello implicaría la actuación *ex officio* del juez, lo que, a su juicio, convertiría el proceso en inquisitivo. Conclusión a la que VON CANSTEIN [91] se opuso con contundencia, recordando que el principio opuesto al inquisitivo no era el dispositivo, sino el de aportación de parte, quedando por tanto el principio dispositivo incólume con la actividad probatoria oficial del juez. Pero argumentaba este último autor que incluso el principio de aportación de parte podía subsistir de ese modo, dado que el mismo no se oponía a que el juez utilizara en su convicción, no sólo los medios propuestos por las partes, sino también aquellos que estuvieran a su disposición sin llevar a cabo tareas investigadoras.

Se comprende que pasar de estas reflexiones a la discusión sobre la imparcialidad es bien sencillo, pero no sin un salto argumental relevante. Hay que creer que todo lo oficial es inquisivo, y que todo lo inquisitivo es parcial, para llegar a esa conclusión. Y de ahí cabría deducir, creo que erroneamente, que todo lo oficial es parcial. Desde luego, si así fuera, los procesos no podrían celebrarse como los conocemos hoy en día, porque en todos ellos existe actividad oficial. Y cuando dicha actividad se aplica a la prueba, no cabe deducir de ello, a renglón seguido, que la actividad probatoria deviene parcial. Creer que la prueba es una actividad exclusivamente de parte proviene de las épocas anteriores a la Ilustración que, ciertamente, muy democráticas no parece que fueran, por cierto, si es que se quiere enlazar la organización de la actividad probatoria con la política. Esa ligazón me parece personalmente inadecuada, porque supone mezclar sistemas de gobierno con sistemas de justicia, lo que no siempre resulta homologable, dado que justicias imparciales han existido en gobiernos autoritarios, y hay sobrados ejemplos de ello. Y tampoco cabe decir que los únicos sistemas autoritarios del mundo hayan sido los totalitaristas, puesto que la Roma imperial o los Estados absolutis-

---

[87] Advierte de ello RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, I, cit. pp. 631-632.
[88] ENDEMANN, «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 324.
[89] ENDEMANN, «Der Eid bei freier Beweisführung», cit., pp. 351 y 380-381.
[90] WACH, «Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung», cit., pp. 331 y ss.
[91] VON CANSTEIN, «Die Grundlagen des Beweisrechts», cit., p. 351.

tas, sin ir más lejos, fueron tan autoritarios como cualquiera de los regímenes del siglo XX a los que se ha colocado esta etiqueta y, en cambio, no cabe decir sistemáticamente y en todo caso lo mismo ni de sus Justicias, ni de las normas que las regulaban [92].

Pero es que incluso considerando el argumento principal de los autores que relacionan prueba de oficio con imparcialidad, resulta algo infamante para el Juez afirmar que con su actividad de proposición de prueba no tenga otra opción que pretender favorecer a una u otra parte, es decir, que no tenga otra alternativa que prevaricar si propone algún medio de prueba. El juez, incluso en un proceso civil, se va a encontrar con un elenco de hechos controvertidos que deberá averiguar para poder dictar sentencia. Es posible que, pese a todo, no lo consiga, y tras ello tenga que utilizar las reglas de carga de la prueba, que en absoluto son incompatibles, por cierto, con la actividad oficial en materia probatoria. Es decir, las partes propondrán unos medios de prueba. Supongamos que el juez pueda disponer la práctica de algunos medios adicionales. Pues bien, si el resultado probatorio es infructuoso, el juez podrá utilizar igualmente las reglas de carga de la prueba, juzgando en contra de la parte que verosímilmente hubiera debido disponer de la prueba, pero no la ha aportado.

Por todo ello, entiendo que la unión entre imparcialidad y prueba de oficio no es más que una secuela de una discusión que tuvo su sentido en el siglo XIX, pero que hoy ha dejado de tenerlo por completo. Nadie duda actualmente de las facultades del juez en la gestión del proceso, como por ejemplo en materia de impulso oficial, a diferencia del impulso de parte que había regido antiguamente [93]. Parece obvio que no es incompatible entender la prueba como una oportunidad de defensa de las partes, pero también como una actividad destinada a generar la convicción judicial. Y siendo así, parece razonable que todos los actores implicados en la prueba, el juez y las partes, puedan participar en la misma. Diferente sería el caso si el poder del juez anulara el de las partes, pero no porque ello hiciera al juez parcial, porque podría ser perfectamente imparcial a pesar de ello. El problema es que se produciría un menoscabo del derecho de defensa inconciliable con las garantías que hoy anudamos al debido proceso.

Por añadidura, y paso ya a la tercera y última cuestión de las propuestas, no se aprecia conceptualmente una enorme diferencia entre la actividad de proposición oficial de medios de prueba, y la labor de admisión, también oficial, de dichos medios cuando son propuestos por las partes. Si aceptamos la definición de MONTERO AROCA [94], que es pacífica, según la cual la admisión es el «acto del tribunal por el que, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que, de entre los propuestos por las partes, deben practicarse en el proceso», lo cierto es que cuando un juez decide la práctica, de oficio, de ciertos medios de prueba, de hecho va a hacer exac-

[92] *Vid.* TARUFFO, «Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa», cit., pp. 456-457.

[93] Ni siquiera los que discuten que el juez pueda practicar prueba de oficio. *Vid.* VERDE, «Las ideologías del proceso en un reciente ensayo», cit., p. 68, citando a MONTERO AROCA.

[94] MONTERO AROCA, *La prueba*, cit., p. 179.

tamente lo mismo: observará, en su caso, los que han propuesto las partes, apreciará su pertinencia y utilidad, y propondrá otros, valorando también en el acto la pertinencia y utilidad de los que él mismo proponga, lógicamente antes de ponerlos de manifiesto.

Es decir, la única diferencia estriba en que cuando el juez realiza la admisión de los medios de prueba, dichos medios le han venido propuestos por las partes. Y en cambio, cuando los propone él mismo, evidentemente las partes no han tenido la más mínima intervención. Pero la actividad es idéntica: el juez valora la pertinencia y utilidad de los medios a practicar. Es decir, valora que se relacionen con el objeto del juicio, y que sean útiles para determinar la pequeña historia de dicho objeto. Por tanto, la actividad de admisión y la de proposición oficial no se distinguen conceptualmente más que en el punto indicado. De hecho, si se quiere relacionar la parcialidad con estas actividades, tan parcial puede ser un juez en la proposición oficial como en la admisión, inadmitiendo dolosamente los medios que plantee, por ejemplo, una de las partes. Señal de que ambas actividades son, en esencia, idénticas.

Llegados a este punto, y para dar respuesta a la pregunta de si una actividad oficial en materia de proposición de prueba favorece una mejor valoración, entiendo que no se puede recurrir a los argumentos tradicionales. Al contrario, debe analizarse en primer lugar si la proposición de oficio es realizable desde el punto de vista estructural, y en segundo lugar si es conveniente que sea así desde la perspectiva de lograr un juicio jurisdiccional, no ya más imparcial, sino más objetivo.

Desde el primer punto de vista, ciertamente no parece que el juez, civil al menos, tenga la posibilidad de conocer tan exhaustivamente la pequeña historia del proceso como para disponer de entrada la práctica de medios de prueba. Hay que tener en cuenta que debe juzgar muchos otros casos, y va a resultar difícil que teniendo un conocimiento necesariamente sesgado del asunto, sólo a través de lo que le dicen las partes pueda tomar esa decisión en las mejores condiciones.

Por ello, y pasando al segundo punto, a fin de que el juez no incurra en un sesgo de exceso de confianza del juicio emitido [95], probablemente es más conveniente que no pueda proponer prueba en las fases iniciales del proceso, más que nada para que no desprecie los medios propuestos por las partes y preste atención solamente a lo que él mismo propuso. El juicio de proposición/admisión de medios de prueba es *prima facie*, porque el juez puede no tener demasiados elementos para tomar su decisión. Y por ello es conveniente que se comprometa lo menos posible en estas fases iniciales. Sin embargo, cuando toda la actividad probatoria ya ha tenido lugar y el juez ha observado su eficacia o su ineficacia, ese es el momento en el que el juzgador está en mejores condiciones para decidir sobre la proposición de medios de prueba adicionales, puesto que ello evitará en algunas ocasiones tener que acudir a una siempre ingrata aplicación de las reglas de carga de la prueba. Es más,

[95] Como ya indiqué en Nieva Fenoll, *Enjuiciamiento* prima facie, cit., p. 175.

según cuál sea la actitud de las partes ante la proposición del juez, es posible que aunque no dé resultado el medio de prueba que proponga, se abra un camino adicional para valorar mejor la conducta de cada parte a efectos de la carga de la prueba.

Y no se diga que con esa proposición adicional buscará el juez favorecer a una parte, que de lo contrario tendría que sufrir las consecuencias de su mal hacer probatorio. Considero que el proceso jurisdiccional no es una competición para favorecer al litigante más avispado o pícaro incluso, sino un medio de resolución de conflictos que se basa en el esclarecimiento de los hechos y del derecho como forma de poner fin a la disputa. Los conflictos se pueden resolver de muchas formas, incluso a través de ordalías, si se desea. Pero en nuestra cultura hemos decidido que lo más pacífico y razonable era precisamente proceder a ese esclarecimiento. Recuérdense las acertadísimas palabras de Carreras Llansana: «el respeto al interés de los litigantes no puede llevarse tan lejos que se obligue al Juez a fallar de modo injusto por olvidos o deficiencias no imputables siquiera a las partes, sino a sus representantes o defensores» [96].

En conclusión, parece que no existen inconvenientes a que el juez pueda proponer prueba de oficio. Sucede solamente que, a fin de evitar que su actividad sea sesgada, lo mejor es que solamente pueda proceder a esa actividad al final del proceso, una vez que las partes ya han desplegado su actividad probatoria, como mero complemento para aquel que se ve en la tesitura de juzgar, y se percata de una alarmante falta de datos para hacerlo.

C) La prueba ilícita

Un último escollo que dispone el ordenamiento a la libre valoración de la prueba es la prohibición de considerar ciertos materiales en cuya obtención se han vulnerado derechos fundamentales, o se han cometido otras irregularidades, o bien se han conculcado prohibiciones probatorias [97] establecidas en el ordenamiento [98]. Todo ello es algo tan asumido por los más diversos

---

[96] J. Carreras Llansana, «Facultades materiales de dirección», en Fenech y Carreras, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 259.

[97] La terminología se remonta a E. Beling, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*, Breslau, 1903, pp. 3, 5-6, y es interesante reproducir las circunstancias en que dicho autor refirió el concepto. En primer lugar definió dichas prohibiciones como «normas que o bien instan a dejar sin investigar en absoluto un determinado hecho —prohibiciones probatorias absolutas— o bien declaran la inadmisibilidad de determinados medios de prueba —prohibiciones probatorias relativas—». Y manifestó que esas prohibiciones se derivaban, en primer lugar, de intereses públicos del Estado, el bienestar general o la conservación de las relaciones internacionales. En segundo lugar, por el respeto a la histórica posición privilegiada de las dinastías gobernantes, Y en tercer lugar, en consideración a los intereses privados derivados de las relaciones familiares, de la propiedad privada (refiriéndose al domicilio, cfr. p. 23) y de la intimidad. Y digo intimidad, dado que la expresión que utilizó Beling (*anvertraute Geheimnisse*) me parece anticuada, aunque equivalente a lo que hoy entendemos en el lenguaje corriente, ciertamente, por intimidad.

[98] Opto, por ello, por la concepción amplia del concepto que propone M. Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999, p. 30.

ordenamientos que no es preciso entrar en una exposición mil veces repetida sobre el tema, citando la jurisprudencia estadounidense.

Lo único que cabe preguntarse en este apartado, a los efectos de esta obra, es si es legítimo que el ordenamiento aparte la visión del juez de ciertos medios de prueba. Desde luego, la cuestión es sociológicamente muy polémica, porque la ciudadanía acostumbra a no entender los «peros» jurídicos a la valoración de ciertas pruebas que, todo hay que decirlo, han podido llevar auténticamente a la averiguación de la realidad de los hechos. Desde luego, a primera vista parecen contrarias a la razón humana dichas exclusiones. Y, de hecho, si el fin de la actividad probatoria es el esclarecimiento de los hechos, no se entiende tan fácilmente, en un primer examen superficial, qué otros intereses puede defender el ordenamiento jurídico que lleven a estas ilicitudes probatorias.

Esos intereses son conocidos. Se pretende, sobre todo, que la actividad de investigación policial no degenere en una labor llevada a cabo por una panda de justicieros para los que no existen límites. Muchos de los derechos fundamentales reconocidos existen, precisamente, para proteger al ciudadano del poder público. Y además, en el fondo de todo se estima que si la labor policial se practica de acuerdo con lo que establezcan los derechos fundamentales, será mucho más complicado introducir pruebas falsas en el proceso, lo cual favorecerá, sin duda, el derecho de defensa. En el proceso civil ocurre algo parecido. Sin vulnerar derechos fundamentales es más difícil que ingresen en el proceso pruebas falsas, lo que favorece, al menos desde este punto de vista, la averiguación de la verdad.

Mucho más problemáticas son las prohibiciones que escapan de ese objetivo de la protección de los derechos fundamentales, como las derivadas de los secretos oficiales (art. 417.2 LECrim), o las que dimanan de la calidad del declarante, como las que impiden la declaración del rey, o de los parientes, o de los sacerdotes (art. 417) o de los abogados (art. 416 LECrim). O las que basan en irregularidades en el procedimiento probatorio [99]. Y es que a través de las mismas se están protegiendo intereses públicos [100] como la seguridad del Estado, o la dignidad de ciertas personalidades, o bien las creencias religiosas de una determinada confesión, o incluso la paz y concordia de las relaciones familiares [101]. Sólo en relación con los abogados podríamos recuperar el espíritu de la protección de derechos fundamentales, dado que esa prohibición está sin duda fundamentada en el debido derecho de defensa de los litigantes.

Pero con todo y con ello, lo cierto es que con estas prohibiciones se hurta a los jueces el conocimiento de la realidad de los hechos. Y cabe preguntarse legítimamente si todo ello es oportuno.

En cuanto a las pruebas que son ilícitas por vulnerarse derechos fundamentales hay que proclamar muy claramente que no hay alternativa. Siem-

---

[99] Sobre todas ellas *vid.* Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita*, cit., pp. 32 y ss.
[100] B. Schmitt, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, Lübeck, 1992, p. 190.
[101] *Vid.* Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita*, cit., p. 41.

pre, claro está, que no se desee volver a una época de salvajismo en las tareas de investigación que, además, favorece una excesiva libertad de los cuerpos de seguridad que comporta que la presencia de pruebas falsas sea muchísimo más factible. Por supuesto que en ocasiones la verdad permanerá oculta tras una prueba que no pudo utilizarse, debido a su ilicitud. Pero el alto riesgo de que esa prueba sea falsa, precisamente por ser ilícita, debe llevar a descartar su presencia en el proceso. Y adicionalmente cabría añadir lo obvio: no se sabe de qué serviría la existencia de derechos fundamentales si en cualquier proceso pudieran ser vulnerados. Es la misma razón por la que las irregularidades en el procedimiento probatorio, si son relevantes, es decir, si han afectado al derecho a la tutela judicial efectiva, deben ser expulsadas del proceso.

Ahora bien, las otras prohibiciones basadas, sobre todo, en motivos sociológicos, son muy peligrosas, porque en ellas se protegen valores que en absoluto cabe relacionar con el esclarecimiento de la realidad de los hechos, lo que hace que, efectivamente, se opongan a la esencia de nuestro principal sistema de resolución pacífica de conflictos: el proceso. Con el pretexto de cuestiones relacionadas con la seguridad del Estado que pueden afectar, de hecho, a los derechos fundamentales de muchísimas personas, podrían llegar a defenderse las prohibiciones relacionadas con el jefe del Estado o con los secretos oficiales, aunque no deja de ser una forma un tanto vergonzante de optar por el mal que afecta a menos personas, sacrificando injustamente a unos pocos. Es por lo que algunos excesos en esa materia han derivado en ocasiones en revoluciones y golpes de Estado a lo largo de la historia, estuvieran o no relacionados los excesos con la existencia de un proceso.

Sin embargo, las prohibiciones que actualmente parecen carecer de toda justificación son las derivadas de las relaciones familiares y de las creencias religiosas. Con respecto a las primeras, no puede aceptarse que un temor grave, o una solidaridad familiar mal entendida, acabe encubriendo los delitos más terribles. Una cosa es promover la familia como estructura básica de organización y cohesión social, y otra muy distinta es que esa estructura sirva para echar tierra encima de actuaciones horripilantes. Y por el mismo motivo carece actualmente de justificación el respeto secular por el secreto de confesión, sea cual fuere la religión implicada [102]. En épocas en que existe una confusión entre el poder de la Iglesia y el poder del Estado, o bien en que la mayoría de la población confia en el perdón divino de los pecados, el respeto por el secreto de confesión tiene todo su sentido, y hasta contribuye a la paz social, fin último del proceso. Pero cuando la situación política y sociológica ya no es esa, el secreto de confesión es generalmente incomprendido

[102] En relación con la religión católica, rige el art. XVI.7 del Concordato entre España y la Santa Sede de 1953.: «Los clérigos y los religiosos podrán ser citados como testigos ante los Tribunales del Estado; pero si se tratase de juicios criminales por delitos a los que la ley señale penas graves deberá pedirse la licencia del Ordinario del lugar en que se instruye el proceso. Sin embargo, en ningún caso podrán ser requeridos, por los Magistrados ni por otras Autoridades, a dar informaciones sobre personas o materias de las que hayan tenido conocimiento por razón del Sagrado Ministerio». Este artículo del Concordato está en vigor en virtud del art. VIII del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

porque impide el conocimiento de la realidad de los hechos en el proceso. Es por ello por lo que, sin realizar propuesta alguna de la derogación de esa norma, que no me corresponde, siempre que se deseen seguir respetando las atribuciones de las jerarquías eclesiásticas, sí que sería preciso avanzar en el camino de las dispensas de dicho secreto por parte de las jerarquías en cada caso concreto, favoreciendo la ampliación de los acuerdos con las distintas confesiones a tal efecto, sobre todo en caso de delito grave, sin necesidad de tener que recurrir a suspensiones *a divinis* o incluso excomuniones del ministro de cada religión.

En cualquier caso, lo cierto es que todas esas prohibiciones, que no están sustentadas en derechos fundamentales, impiden una regular actividad de valoración de la prueba. Son contrarias al conocimiento de los hechos y están sustentadas en valores políticos o sociológicos fundamentalmente, a diferencia de lo que ocurre cuando dichos valores se concretan en un derecho fundamental, momento en el que sí que es posible, tanto teórica como prácticamente, vincular el conocimiento de la realidad de los hechos con el debido respeto a esos derechos, de la manera ya indicada. Por supuesto, en esta materia es fundamental que el legislador fije como derecho fundamental solamente valores respetados de forma prácticamente unánime por la población, puesto que de lo contrario la comprensión de la ciudadanía por la existencia de la ilicitud de las pruebas se haría todavía mucho más complicada.

4. LA ACTIVA PARTICIPACIÓN DEL JUEZ EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

La implicación del juez en materia de proposición de la prueba, como acabamos de ver, es discutible pero no ilegítima. Por el contrario, no parece resultar cuestionable que los juzgadores deberían participar muchísimo más durante la práctica de la prueba de lo que lo hacen normalmente. Parece pesar un tanto la sombra de la «parcialidad» en esta materia, como si el juez permaneciendo silente durante la práctica de la prueba, consiguiera una mayor neutralidad, cuando en realidad, salvo que incurra en excesos, no es así. Desde luego, esa implicación del juez hace más compleja la labor de los letrados, puesto que tienen que reaccionar rápidamente a lo que manifiesta el juez. Pero es obvio que estando dirigida la prueba a la convicción judicial, parece de lo más normal que el juzgador pueda consultar sus dudas a las partes o al resto de intervinientes en el proceso durante la práctica de la prueba, a fin de entender mejor la resultancia de los medios practicados.

En esta materia, los equilibrios también son importantes. Como digo, el juez no puede incurrir en excesos, lo que implica que no puede adoptar actitudes que rompan su ecuanimidad, presionando, por ejemplo, a los testigos o a los peritos, o a las partes, para que ofrezcan una determinada respuesta, actuando con prepotencia o, simplemente, con desconsideración. Sin embargo, una regular labor judicial relacionada con la práctica de la prueba optimizará sus posibilidades de esclarecer la realidad de los hechos. Veamos cómo y de qué manera.

A) La intervención judicial durante la práctica de la prueba

Decía Ramos Méndez que «se ha fomentado como una especie de temor ancestral a descubrir las cartas, a saber qué piensa el tribunal, como si lo que hubiese de primar fuese el celo en guardar los secretos del reino» [103]. Al margen de la evidente sátira que encierra la frase, su espíritu tiene bastante de verdad. Tradicionalmente se ha inculcado en los jueces, normalmente de forma tácita, que el silencio y la pasividad en las vistas acrecentaba su imagen de imparcialidad. No se ha dicho normalmente con estas palabras, pero esta idea existe en el imaginario colectivo judicial.

Pese a todo, sin duda, una cierta distancia por parte del juez favorece su imagen de ecuanimidad ante los que presencien la vista de que se trate, pero no de forma que el juez se transforme en un mero convidado de piedra. La cuestión tiene relevancia, sobre todo, en los interrogatorios, sean de partes, testigos o peritos. Las leyes no sólo no impiden que los jueces cuestionen a esos sujetos sobre aspectos concretos, sino que existen numerosos preceptos que avalan dicha intervención de una manera ciertamente más amplia de lo que suele observarse en la práctica.

Limitando el estudio a las leyes españolas, en la Ley de Enjuiciamiento Civil encontramos preceptos que no solamente disponen la participación del juez a la hora de seleccionar las preguntas que se formulen a las partes o a los testigos, por ejemplo, en atención a su relación con el objeto del proceso, o a que incluyan calificaciones o valoraciones o que no sean claras y precisas [104]. También se permite que los jueces formulen preguntas, aunque siempre se da prioridad a las partes. En concreto, en relación con el interrogatorio de parte, el art. 306.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concede esta posibilidad al tribunal para obtener declaraciones o adiciones, es decir, una vez que los abogados ya hayan interrogado al litigante [105]. En el mismo sentido se dispone esta facultad con respecto a los testigos [106] y a los peritos [107]. Y en el proceso penal se cita esta facultad con respecto a la prueba de testigos [108], pero en general, como la regulación de la prueba en el juicio oral se entiende,

---

[103] Ramos Méndez, *Enjuiciamiento civil*, I, cit., p. 632.

[104] *Vid.* arts. 302, 303 y 368 LEC.

[105] **Art. 306.1 LEC.** Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el de aquella que declarare podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles. Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar.

[106] *Vid.* art. 372.2. LEC: «Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar al testigo».

[107] **Art. 347.2. LEC 2**. El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 339.

[108] **Art. 708.II LECrim.** El Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren.

expresa o tácitamente, integrada por los preceptos sobre las diligencias de investigación del juez de instrucción, no es dudoso que el juez penal del juicio oral tiene las mismas facultades de inquirir a un imputado, a un testigo o a un perito que cualquiera de las partes.

Visto lo anterior, la cuestión consiste en decidir si las leyes actúan en este sentido de forma acertada o si, continuando la línea de discusión iniciada en los epígrafes anteriores, una intervención judicial en este periodo habría de comprometer la imparcialidad del juez y, por tanto, debería ser desterrada como algo incluso inconstitucional, por poder resultar vulnerador del derecho al juez imparcial, una de las garantías más esenciales del proceso regularmente celebrado (art. 24.2 CE).

Desde luego, nada más lejos de la realidad. Como ya dije, no es negativo que el juez se implique en la prueba, pero en este periodo creo que es esencial que lo haga, porque si no entiende la declaración de alguno de los sujetos que depongan en el proceso, bien parece que lo lógico es que consulte sus dudas con el declarante, y no que permanezca en silencio, mostrando un desinterés rayano con la apatía, que en todo caso, le hará permanecer con la duda. Ello es especialmente grave si se tiene en cuenta que, llegado el momento de motivar la sentencia, si persiste esa duda, es posible que se vea obligado a aplicar puntualmente, y de manera innecesaria si hubiera preguntado, la carga de la prueba. Pero lo que entiendo que resulta más peligroso es que en la motivación de la sentencia el juez improvise y elucubre sobre lo que cree que el declarante hubo dicho, pero que desde luego no dijo. Ese tipo de invenciones deben ser desterradas por completo de la motivación, como veremos seguidamente, y no es admisible que vengan causadas precisamente por una actitud pasiva del juez.

Desde luego, también se puede teorizar sobre que si el juez pregunta, está ayudando a alguna de las partes. Y nuevamente ello es falso. El juez no sabe lo que el declarante va a decir, y por eso pregunta. Por ello, hay que desautorizar esa idea de que si el el juez participa en esta fase del proceso, está supliendo la labor del abogado de alguna de las partes. Quienes defienden esta conclusión parten de la base, en el fondo, de que el juez observa una mala actuación de un letrado, y se ven en el ánimo de suplirle, rompiendo supuestamente su imparcialidad.

Pero es que aunque el estímulo del juez sea ése, no por ello deja de ser imparcial. Insisto en que el juez no tiene por qué pretender ayudar a nadie, sino simplemente completar aquello que no le haya quedado claro. Las partes le han convocado para que, convencido de su propia verdad sobre el problema factico-jurídico planteado, dicte sentencia. Por supuesto que el interés de las partes no suele ser que resplandezca la verdad, sino simplemente ganar el proceso. Y por ello precisamente es por lo que la figura del juez y su intervención en esta fase resultan esenciales. Y es que habida cuenta, precisamente, de que el juez es imparcial, no le moverá otro impulso que intentar alejarse de las posiciones interesadas de las partes y tratar de esclarecer el *dubium* que le han planteado.

Si no fuera así, es decir, si el juez tuviera que permanecer perfectamente pasivo en la fase de práctica probatoria, desde luego asistiría al proceso como un árbitro desinformado o, peor aún, informado solamente por lo que las partes le transmiten. Y de ese modo sólo tendría la opción de asumir lo que dice una parte, o lo que dice la otra, en virtud de sus propios argumentos probatorios, ya que elucubrar otros distintos le hará incurrir en lagunas a la hora de motivar. Y desde luego, en ese caso —que por cierto es el más frecuente—, el resultado es lamentable. El juez, a la hora de motivar la sentencia, se encuentra con que le faltan elementos de convicción. Y como no los tiene, simplemente decide sin motivar, diciendo que ha valorado conjuntamente la prueba o exponiendo pretextos similares que sólo encubren una auténtica desinformación probatoria, que desde luego podría haberse subsanado durante la práctica de la prueba.

En conclusión, no parece quedar otra opción que propugnar el cumplimiento de las leyes y, por tanto, promover la activa participación del juez durante la práctica de las declaraciones. Desde luego, con prudencia, como veremos más adelante. Si un abogado no puede realizar preguntas capciosas, sugestivas, poco claras, que incluyan valoraciones o que supongan reprimendas, desde luego que tampoco lo puede hacer un juez. Y ciertamente, lo más procedente es que formule esas preguntas una vez acabadas las preguntas de las partes, porque ello le ahorrará trabajo y esfuerzo de formulación de preguntas, aunque tampoco es descartable que participe para centrar la cuestión a debatir cuando el abogado o el testigo estén siendo demasiado imprecisos. Como digo, en el capítulo siguiente analizaré algo más estos puntos en la medida en que afecten a la actividad de valoración.

B) La intervención judicial en la fase de conclusiones

Como colofón a todo lo anterior, parece también relevante la intervención del juez en la fase de conclusiones. Es el momento en el que las partes exponen, sobre todo, lo que en su opinión ha dado de sí la prueba, y es ciertamente la fase en la que el juez puede resolver ulteriores dudas, especialmente, pero no solamente, en torno a la aplicación de la carga de la prueba, porque es en el momento en el que mejor se va a evidenciar la conducta probatoria de las partes.

Para ello, tiene que interpelar a los letrados. De hecho, esta fase puede ser realizada de manera que los letrados expongan sin más sus conclusiones y el juez concluya con el formulismo «visto para sentencia», o bien puede ser aprovechada para que, después de esos parlamentos, el juez exponga cuáles son sus dudas e intente disiparlas.

Sin embargo, para que esta fase sea eficaz y pueda reflejarse posteriormente de forma correcta la valoración de la prueba y, en su caso, la carga de la prueba, el juez no debería acudir a dicha fase sin un proyecto o borrador de sentencia, o al menos de sus puntos principales. Es decir, si solamente atiende a lo que ha visto y oído durante la práctica de la prueba, es posible que se le escapen detalles que sólo se le revelarán como relevantes cuando

inicie la redacción de la sentencia. Para entonces, en el proceso civil, sólo le quedará la escasa posibilidad que actualmente presentan las llamadas «diligencias finales» [109], que como ya indiqué sustituyeron a las diligencias para mejor proveer. Pero en el proceso penal no le quedarán ya opciones. En el proceso civil, en ese caso, tendrá que aplicar la carga de la prueba, posiblemente de manera ilegítima, dado que la falta de prueba es posible que no sea imputable a la conducta de ninguna de las partes, sino a un detalle que pasó por alto, de buena fe, a todos los sujetos procesales. Y en el proceso penal, ante la duda, se verá obligado a absolver, interpretando esa duda sistemáticamente a favor de reo, en conjunto con la valoración de las pruebas que sí se hayan practicado.

Si todo ello, que en el fondo es una solución extrema, puede evitarse con esta conversación entre juez y abogados, no parece haber motivo para evitarla, sobre todo teniendo en cuenta que es un acto público en presencia de ambas partes en el que las mismas tienen idénticas oportunidades de defenderse. Es decir, no se trata de una conversación privada del juez con el letrado de solamente una de las partes, que como acto que queda en secreto y al margen de todo procedimiento, es completamente rechazable. La veremos más adelante.

5. LA IMPRESCINDIBLE MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

La Doctrina jurídica ha realizado especiales esfuerzos en materia de motivación. Se han elaborado estudios filosóficos que, en mayor o menor medida, buscaban a la vez ser prácticos [110]. Por otra parte, se han realizado análisis que quizás lo que perseguían era forzar el concepto de motivación para conseguir la admisión de recursos de casación sustentados en la errónea valoración de la prueba [111]. En todo caso, esos estudios han servido para perfilar el concepto y se han planteado interesantes debates en torno a la supuesta justicia de la resolución, así como a su aceptación social, buscada a través de la motivación y el control democrático que comporta [112], e incluso se ha profundizado en lo que la motivación tiene de justificación de la decisión del juez [113], o de la expresión de su fuero interno psicológico, aunque esto último es muchísimo más delicado [114]. Se ha relacionado también la motivación con

---

[109] Arts. 435 y 436 LEC.

[110] *Vid.* P. Calamandrei, «La genesi logica della sentenza civile», en *Opere Giuridiche*, vol. 1, pp. 50 y ss. Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 74 y ss. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1970. P. Andrés Ibáñez, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, 2007, pp. 200 y ss.

[111] E. Amodio, «Motivazione della sentenza penale», *Enciclopedia di Diritto*, t. XXVII, 1977, pp. 181 y ss, especialmente a partir de la p. 207.

[112] Andrés Ibáñez, «Acerca de la motivación», cit., p. 177. Amodio, «Motivazione», cit., p. 185. Igartua Salaverría, *Valoración de la prueba*, cit., pp. 175 y ss. Taruffo, *Motivazione della sentenza*, cit., p. 2. Guasch Fernández, *El hecho y el Derecho*, cit., p. 451.

[113] R. Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, 2005, p. 145.

[114] *Vid.* F. M. Iacoviello, *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 62.

el derecho de defensa de las partes a los efectos, nuevamente, de la interposición de recursos [115]. Y hasta se ha abundado en su contenido —¿jurídico?— para intentar llegar a las entrañas del juicio jurisdiccional [116].

Todo ello es sobradamente conocido y no es necesario, por consiguiente, reproducirlo aquí. Además, la finalidad de los epígrafes que siguen es muchísimo más modesta, por varias razones. En primer lugar, no debe confundirse la valoración de la prueba —a la que va dedicada esta obra— con la motivación de dicha valoración. Es cierto que desde el plano psicológico es perfectamente factible que el juez pueda valorar mientras motiva, pero lo correcto a efectos teóricos y expositivos es entender que la motivación es simplemente, al menos en cuanto a la parte probatoria, la expresión de dicha valoración, que es conceptualmente diferente, por tanto, a la misma. De hecho, la valoración en sí misma sigue unas reglas y caminos distintos, que son aquellos a los que me referiré en el último capítulo, y que nada tienen que ver, en realidad, con la técnica de la motivación. Por otra parte, la motivación es un concepto que alcanza a la expresión de todos los pensamientos judiciales contenidos en un juicio jurisdiccional, y en cambio la valoración de la prueba constituye solamente uno de esos pensamientos.

No obstante, lo que sí que resulta muy importante es que esa referida técnica de la motivación no entorpezca la actividad valorativa. Y es justamente en esa medida en la que me voy a ocupar de la motivación en esta obra. Suele leerse comúnmente que en la actividad de motivación se emplean esquemas inductivos, y no es que ello sea falso en la práctica, ni mucho menos, pero debe advertirse que resulta muy inconveniente aplicar ese mismo esquema de pensamiento cuando nos referimos, no a la motivación, sino a la actividad de valoración de la prueba, que como iremos viendo en este grupo de epígrafes y en los posteriores, es y debe ser eminentemente deductiva, salvo en algunos aspectos muy concretos. Por otra parte, muy pocas veces se le ha dicho al juez, realmente, cómo tiene que motivar sus sentencias desde el punto de vista no solamente de la redacción, sino de la ordenación de su pensamiento y de la exclusión de todo aquello que impida que sus reflexiones sean lo más objetivas posible. Por ello, tampoco me ocuparé de la técnica de redacción de la motivación, por ser, por una parte, una cuestión de argumentación jurídica ajena a esta obra. Pero es que además, esa redacción constituye en buena medida una habilidad cuya enseñanza, en realidad, no pertenece a la docencia estrictamente jurídica.

A todo lo citado en el párrafo anterior, salvo a lo exceptuado, dedicaré los epígrafes siguientes, dado que todo el resto de lo que se suele estudiar bajo la rúbrica de «motivación» no resulta en realidad relevante, siempre que sea conocido, claro está. No se vea en mis palabras un desprecio por la doctrina que ha tratado la motivación, todo lo contrario. Sin sus reflexiones

---

[115] M. Taruffo, «Motivazione della sentenza. (III, Diritto processuale civile)», *Enciclopedia giuridica (Treccani)*, vol. 20, Roma, 1990, pp. 1. Guasch Fernández, *El hecho y el Derecho*, cit., p. 450.

[116] C. M. de Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, pp. 82 y ss. Serra Domínguez, «El jucio jurisdiccional», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 63 y ss.

no hubiera podido construir los siguientes apartados, dado que faltaría la base dogmática a partir de la cual he ordenado mis ideas. Pero insisto en que esa base, por ser simplemente un fundamento, no puede ser objeto de los siguientes epígrafes. Demos, pues, comienzo a la explicación de los elementos a tener en cuenta muy concretamente en la motivación de la valoración de la prueba.

A) Preparación de la motivación: reducción a unidad de la dispersión de ideas tras la práctica de la prueba

Durante la práctica de la prueba, pueden ser múltiples las ideas que habrán surgido en la mente judicial sobre el acaecimiento de los hechos y su valoración jurídica. A esas ideas, probablemente, se habrán sumado las que sean expuestas por los letrados durante la fase de conclusiones. E incluso es posible, especialmente en los procesos complicados, que el juez, repasando la resultancia de los medios de prueba, caiga en la cuenta de nuevas conclusiones fácticas, o al menos de matices de las mismas en los que nadie reparó.

En todo caso, de ello va a derivarse una multiplicidad de pensamientos que la mente judicial intentará poner en orden con las notas tomadas durante la vista. O volviendo a ver, bien las filmaciones (si las hubo) de las sesiones orales del proceso, bien las actas del mismo, o incluso recordando en cualquier momento de su vida cotidiana aquello que vio y oyó, de manera que, casualmente, se dé cuenta de algo y logre sacar de repente alguna conclusión razonable que le permita disipar alguna duda y dictar sentencia. Muchas de esas ideas le provocarán interrogantes que inevitablemente va a tener que resolver, en un sentido o en otro, en la sentencia, dado que las dudas podrían conducir a un *non liquet* que está prohibido por el ordenamiento jurídico.

Pues bien, de lo que se trata ahora es de poner en orden todo lo anterior. En un proceso con una abundante actividad probatoria esa labor es muy compleja, pero en un proceso más breve tampoco es tan fácil como se pueda pensar, pues la tendencia en este último tipo de procesos a resolver *prima facie* es verdaderamente muy acusada. Pero no voy a dar consejos sobre cómo ordenar la actividad probatoria, porque estimo que cualquier jurista, como estudiante de nivel superior que ha sido, tiene «su» propia manera de poner en orden lo que hace y dice. Y además, en todo caso, la organización de tareas es una cuestión de simple gestión en la que no debo entrar en este momento. Debo advertir, solamente, que para ordenar ideas y reducir a unidad la dispersión, es necesario discriminar los aspectos que no interesan o parecen poco relevantes, a riesgo de perderse en detalles que impiden la visión del conjunto. Ésa es una tarea muy delicada, dado que hay aspectos del acervo probatorio de un proceso cuya importancia sólo se revela tras analizar el resultado de otro medio de prueba, y es necesario volver atrás en el análisis. En todo caso, es un trabajo de relación para el que se requiere un cierto entrenamiento que, como dije, debió haberse realizado durante la preparación de la carrera judicial.

Pero en todo caso, lo que interesa destacar en este epígrafe es que el juez, con los pasos intermedios, gestión de los resultados de las pruebas y orden de examen que le parezcan más cómodos, tiene que llegar a la elaboración de un listado de hechos relevantes jurídicamente. Es decir, de todos los medios de prueba que vaya analizando, debe ir extrayendo los hechos que resultan de los mismos. Como resultado, tendrá una exposición de hechos acompañada del medio de prueba en el que se fundan, que le servirá muy eficazmente en la debida elaboración de su motivación. Y es que con ese listado realizado en esos términos, habrá conseguido un eficaz resumen de lo actuado.

En esa tarea, es importante que evite uno de los peores enemigos del juez, que ha sido históricamente referido reiteradamente como «prejuicio», y que viene actualmente explicitado por todos los heurísticos y sesgos del pensamiento que describí líneas atrás, y que es innecesario reproducir ahora. En definitiva, sin perjuicio de ir alcanzando conclusiones intermedias, lo que no es admisible es que el juez se quede solamente con las primeras impresiones que reciba de un medio de prueba, porque pueden ser completamente erróneas, sufriendo a partir de entonces los peores riesgos del «anclaje y ajuste» [117], descrito líneas más atrás. Es decir, deben reducirse a unidad las ideas, pero no a costa de quedarse con la primera conclusión que le surja despreciando todo el resto de elementos a partir de entonces [118], que podrían haberle hecho cambiar de conclusión.

B) Evitación de esquemas inductivos en la fase anterior

La fase anterior, aunque sea introductoria, es la más importante de toda la actividad de motivación. Por supuesto que también es relevante la redacción final de la misma, pero dicha redacción, como ya indiqué, se encuadra en la enseñanza de una habilidad que no forma parte propiamente del apren-

---

[117] Tversky y Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., pp. 14 y ss.

[118] Es una conducta, además, bastante frecuente. Vid. las muy ilustrativas palabras de Miranda Estrampes, «El estándar constitucional de suficiencia en la motivación fáctica de las sentencias y la valoración de la totalidad de las pruebas», *La Ley*, núm. 7241, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 de septiembre de 2009, que expresan a la perfección lo que deseo expresar: «Más allá de las singularidades del caso concreto analizado, la censura constitucional se dirige a aquellas prácticas jurisdiccionales que en el momento de la valoración de la prueba y de la explicitación justificativa del razonamiento probatorio en la sentencia mutilan, parcial e interesadamente, el resultado de la totalidad de la prueba practicada cuando la misma resulta decisiva para resolver el núcleo esencial de la pretensión planteada. Esta operación de maquillaje probatorio no cumple con los estándares constitucionales derivados del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho. Toda resolución judicial debe dar cuenta de la totalidad del cuadro probatorio disponible exteriorizando las razones por las cuales descarta o acoge su resultado, sin ofrecer una visión distorsionada, por fragmentada o mutilada, de dicho resultado. La motivación de la resolución judicial, en su aspecto relativo al razonamiento probatorio, exige como característica de relevancia constitucional, de su completud, esto es, la necesidad de analizar la totalidad de las pruebas admitidas y practicadas en un proceso siempre que las mismas resulten relevantes para resolver las cuestiones planteadas, salvo que su omisión pueda interpretarse de forma razonable como una respuesta tácita a esa exigencia justificativa. La suficiencia de la motivación como estándar constitucional obliga a que dicha motivación fáctica tenga un carácter integral, esto es, que alcance a todas las pruebas relevantes y útiles, sin omisiones ni silencios».

dizaje del Derecho, sino que es previa. Centrémonos más, por tanto, en el proceso mental de la actividad de motivar.

En esa etapa de preparación de la motivación, es completamente inconveniente que el juez tenga en mente un resultado final, pero no en el sentido de que ya prejuzgue, por ejemplo, que el imputado es culpable o inocente, sino en relación a que sea esa la única cuestión a resolver. Por supuesto que en un proceso penal queremos saber si el imputado cometió el delito, o en un proceso civil desearemos conocer si la suma demandada es realmente debida al actor. Pero ello tiene que servir de guía sobre todo en la fase de admisión de los medios de prueba, antes vista, pero no propiamente en esta fase de recopilación de los resultados probatorios.

Explicándolo de forma más sencilla a través de un ejemplo, pongamos por caso que en un proceso penal deseamos conocer la autoría de un robo, teniendo a un único imputado sentado en el banquillo. Pues bien, el error consiste en practicar la prueba y extraer sus resultados pensando únicamente en la responsabilidad del imputado, cuando en realidad lo necesario en este momento es emprender una actividad mucho más genérica. Se trata de averiguar lo sucedido de manera amplia. Y la diferencia de una u otra orientación es relevante. Si centramos toda la recopilación de la resultancia probatoria en saber si el imputado fue o no culpable, que es lo que realmente se suele hacer —especialmente cuando el proceso se celebra ante un jurado—, en realidad estamos asumiendo una sola versión de los hechos, que intentamos confirmar o desmentir. Y por el camino nos dejaremos atrás al menos las siguientes e importantes cuestiones:

1. Si el delito realmente se cometió.
2. Si fue otra persona quien cometió el delito.
3. Si existieron otros hechos delictivos que el hecho investigado permitiera encubrir.

Desde luego, pese a que el juez se plantee sólo una posible versión de los hechos, podría concebir otras alternativas. Pero el peligro de que se dejen de lado esas importantes cuestiones, que en el fondo constituyen esas alternativas, aumenta cuando lo único que nos preocupa es una culpabilidad o una inocencia derivada de ese relato preconcebido, es decir, cuando en la recopilación de la resultancia probatoria que se realiza al final prácticamente del proceso para preparar la motivación, inductivamente se parte de la base de que lo único importante es la culpabilidad o la inocencia del imputado basada en un determinado relato. O bien, en un proceso civil, si el demandado es o no deudor según la versión de los hechos aportada por cada parte, que puede ser falsa en ambos casos. Y sin embargo, cuando se trata de recopilar esa resultancia probatoria y reducir la dispersión a unidad, resulta muy inconveniente ese afán por resolver rápidamente el caso comprobando una sola versión —o su alternativa propuesta por la parte contraria— de lo sucedido, porque de lo que se trata es de ver qué ha dado de sí la prueba, sin despreciar nada *a priori*, ya que de lo contrario, como antes ya se refirió, es muy probable que se subestime una parte importante de la actividad probatoria, apartando el juez su examen de esa actividad.

Es decir, lo que debe realizarse en esta fase es una actividad que favorezca la deducción, y no que parta de la inducción. Ya utilizamos la inducción para llevar a cabo la admisión de la prueba, pero en este instante queremos saber qué ha dado de sí esa actividad probatoria. Y realizando las cosas de ese modo, sin descartes, al menos de momento, la imagen que se tiene de la resultancia probatoria es mucho más fiel a la realidad.

Otro ejemplo más extenso, éste de la vida real, contribuirá a aclarar lo que estoy expresando [119]. El 20 de agosto de 1910, José María Grimaldos desapareció de la localidad de Tresjuncos. Ese mismo día había vendido unas ovejas de su propiedad, se había dado unos baños de lodo en la laguna de la Celadilla, y nada más se supo de él a partir de entonces.

Como la desaparición carecía completamente de móvil, empezó a correr por el pueblo el rumor de que José María había sido asesinado. La familia de José María sabía que León Sánchez y Gregorio Valero se burlaban continuamente de José María, y por ello concibieron la hipótesis de que el desaparecido podría haber sido asesinado por ellos dos, con el fin de robarle el dinero de la venta de las ovejas. León y Gregorio fueron detenidos, puestos en libertad por falta de pruebas, pero nuevamente apresados en 1913 ante la persistencia en la incriminación de los familiares del desaparecido, aprovechando que había venido un nuevo juez a Belmonte, que era el competente para instruir los hechos. Los detenidos estuvieron presos hasta 1918, cuando por fin se desarrolló el proceso ante un jurado, que los condenó a 18 años de cárcel, pena de la que cumplieron solamente una parte, puesto que fueron indultados en 1925.

El razonamiento de condena del jurado fue absolutamente lógico, desde el modelo inductivo. En el proceso se trataba de averiguar simplemente si León y Gregorio mataron a José María. Y fueron encontrados culpables, sin más. Para justificarlo, a buen seguro tuvieron en cuenta que los acusados eran enemigos del desaparecido. Además, habían confesado su crimen y, por tanto, ellos debían ser los culpables. Y con ello, siguiendo exactamente los mismos tres puntos antes referidos, el jurado ignoró los siguientes hechos:

1. Jamás apareció ni el cadáver ni otros vestigios de violencia.
2. No se plantearon la posibilidad de que pudiera haber otros responsables.
3. Tampoco averiguaron realmente si habían robado el dinero de las ovejas, o si las confesiones habían sido obtenidas con tortura.

Pero es que, además, tampoco tuvieron en cuenta el hecho de que hubieran sido los familiares del propio desaparecido los que habían extendido el rumor en el pueblo, lo que podría haberles llevado a la conclusión de que podrían haber sido ellos los responsables de la desaparición, o que al menos existiera una animadversión de la familia hacia León y Gregorio, como

---

[119] Los detalles del caso pueden consultarse en R. PÉREZ BUSTAMANTE, «"El crimen de Cuenca": un enorme error judicial», *Abogacía Española*, núm. 38, 2006, pp. 56-57. F. VALBUENA GONZÁLEZ, «El crimen de Cuenca: la instrucción del proceso penal», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 21, 2007, pp. 427 y ss.

consecuencia de las burlas a las que sometían a su familiar. O que el hecho de vender las ovejas obedeciera a la idea de José María de emprender un viaje. No se plantearon alternativa alguna a la culpabilidad —o inocencia— del homicidio por parte de los acusados a los que, evidentemente, acabaron condenando.

Cuál sería la sorpresa de todos cuando José María Grimaldos reapareció causalmente en el pueblo el 8 de febrero de 1926, con el fin de buscar su partida de bautismo porque pensaba casarse. Se descubrió que lo único que había sucedido es que el desaparecido, harto de las burlas de León y Gregorio, había decidido marcharse del pueblo y trasladarse a Mira, un municipio distante unos 170 km de Tresjuncos. El Tribunal Supremo anuló todo el proceso a través de la revisión penal interpuesta por el Ministerio Fiscal, reconociendo la existencia de las torturas [120]. Esa es la historia, muy resumida, del llamado «crimen de Cuenca» desde entonces, por la provincia en la que sucedieron los hechos.

Pero lo interesante, para lo que ahora importa, es analizar el daño que, al margen de las torturas policiales y el mal funcionamiento generalizado de la justicia, hizo la mismísima lógica inductiva en este proceso. Como dije, se pretendía averiguar la responsabilidad de León y Gregorio. Se declaró la culpabilidad justificándola seguramente en la enemistad de los acusados con el desaparecido y en la confesión de los reos, lo que a primera vista puede parecer incluso razonable. Qué diferente hubiera podido ser todo si el jurado hubiera planteado el esquema a la inversa. Es decir, si se hubiera partido de la base de que existían dos hechos: la enemistad de los imputados y su confesión. De tales hechos simplemente, ¿cabe deducir la responsabilidad de los imputados? Y la respuesta obvia es que no, no ya desde el punto de vista jurídico [121], sino desde un punto de vista simplemente razonable. Todo el mundo sabe que el reconocimiento de los hechos por un enemigo no puede sustentar la veracidad de dichos hechos, aunque solamente sea porque la enemistad determina la parcialidad del testigo, incluso cuando la declaración se ha realizado en contra de sus propios intereses.

Pues bien, ello puede suceder en cualquier otro proceso. Por ello, lo que es esencial es que el Juez evite conclusiones precipitadas, incluso cuando la conclusión sea una alternativa entre X o no X, como ocurre cuando tiene que decidir sobre la culpabilidad o la inocencia de unos hechos, simplemente porque la alternativa podría ser Y, o Z, y así hasta el infinito. Normalmente, por supuesto, la solución será X o no X, pero el hecho de pensar solamente en X le impide contemplar otras alternativas, que sólo surgen si, a la luz del material probatorio, el juez se plantea otras hipótesis diferentes a las que en aquel momento le parezcan obvias. Es decir, como vimos líneas atrás, es necesario que el juez se plantee otros posibles modelos mentales resultantes de las pruebas. Y ello sólo es posible si observa realmente los resultados de

[120] Sentencia de 10-7-1926, en *Jurisprudencia Criminal*, t. CXIV, pp. 53 a 56.

[121] **Art. 406 LECrim.** La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. [...].

esas pruebas, sean cuales fueren, y no si solamente trabaja para confirmar o desmentir una sola versión de los hechos.

Por consiguiente, el juez debe concebir alternativas a las versiones de los hechos, tantas como surjan de los materiales probatorios que tenga ante sí. Ésa será la única forma a través de la cual sea posible dictar una sentencia mucho más próxima a los hechos que si simplemente se atiene a las versiones de una u otra parte. Y ello porque las partes, normalmente, a pesar de lo señalado en el epígrafe dedicado a los modelos mentales, acostumbrarán a plantear una sola versión de lo sucedido, dado que si proponen más de una, pueden ser tachadas de faltar a la verdad, lo que tácticamente es inconveniente en el proceso. De ahí la necesidad de que el juez no sea un mero espectador de la lucha entre dos litigantes en un proceso. Su implicación tiene que ser más fuerte que nunca en esta fase, no para desmentir, naturalmente, los hechos en los que las partes se muestren conformes, pero sí para construir alternativas a los hechos sobre los que las partes dudan. Siendo ello así, sería muy conveniente que el juez, antes de dictar sentencia, contrastara su propia versión con las partes, a fin de que éstas manifestaran su opinión sobre dicha versión. Pero para ello, es preciso disponer un papel más activo y menos secretista del juez en la fase de conclusiones, de manera que sin prejuzgar el fondo del asunto —precisamente porque espera que los litigantes le manifiesten su opinión al respecto—, expusiera a las partes cuáles son sus impresiones sobre la prueba, para que éstas las puedan contrastar debidamente [122], sin que se vean sorprendidas, como es habitual, por la sentencia. Además, de ese modo sería también más fácil que el juez expresara verdaderamente y en detalle su auténtico razonamiento probatorio, cosa que a día de hoy resulta infrecuente.

[122] Estoy proponiendo algo similar a lo que existe en el § 279.III de la *ZPO* alemana: «*Im Anschluss an die Beweisaufnahme hat das Gericht erneut den Sach- und Streitstand und, soweit bereits möglich, das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern*». Es decir, ya en fase de conclusiones, el precepto citado obliga al juez alemán a «debatir el resultado de la práctica de la prueba con las partes». Lo importante es ese «con», que al menos en lengua alemana no deja lugar a la duda de que el juez debe tener una postura activa en ese momento, lo que le obligará, al menos en parte, a exponer su impresión sobre los hechos tras la práctica de la prueba. De lo contrario, ese «debate» no sería tal, sino un monólogo de las partes ante un convidado de piedra, lo que es contrario a la voluntad del precepto. *Vid.* Jauernig, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 66. Gehrlein, *Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO — Erstinstanzliches Verfahren und Berufung*, MDR 2003, p. 423: «*Grundsätzlich hat das Gericht —gegebenenfalls nach Durchführung einer Zwischenberatung— den Parteien offen zu legen, in welchem Sinn und mit welchen Ergebnis es die Beweisaufnahme zu würdigen beabsichtigt*». Algo parecido también existió en el proyecto contenido en Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1974, vol. I, pp. 140 y 305. En la primera referencia decían los autores: «Para que no se pueda pensar que una providencia para mejor proveer se ordena con fines dilatorios, el art. 308 del Proyecto preceptúa que el juez o la Sala han de manifestar los puntos en que se presenten las dudas sobre los hechos, determinantes de la necesidad de la instrucción probatoria, y que ésta no podrá ser reiterada». Lo que se concretaba en el art. 308.II de la propuesta: «El juez o la Sala expresará en la providencia para mejor proveer, a título indicativo, los puntos sobre los que se les ofrezcan las dudas, o las razones determinantes de la necesidad de ella».

C) El uso de esquemas inductivos en la elaboración de la motivación: la evitación del *non liquet*

Sin embargo, llega un momento en el que el uso del esquema inductivo sí que es imprescindible, y creo que es en ese instante en el que se ha fijado, en general, la doctrina, para declarar tan reiteradamente que la actividad de valoración de la prueba obedece al razonamiento inductivo [123]. Me refiero a la redacción definitiva de la motivación. En ese momento, el juez ya debe tener las ideas muy claras y tiene que haber deducido de la fase anterior una versión de los hechos relevantes jurídicamente, que tendrá que defender ahora en su motivación.

Sin embargo, como antes dije de pasada, como consecuencia de la acumulación de asuntos es bastante habitual que el juez empiece a redactar la sentencia sin tener una idea demasiado clara de lo sucedido y su debida interpretación jurídica. Y también puede ser que teniendo esas ideas claras, conforme vaya redactando se dé cuenta de que algunas de sus ideas eran erróneas, y las vaya rectificando sobre la marcha, al tiempo que modifica redacciones previas que haya podido haber efectuado ya. Ello, aunque pueda parecer negativo desde un punto de vista teórico, no es rechazable en sí mismo, y hasta diría que es inevitable. Por perfecta que haya sido la fase de preparación de la motivación celebrada predominantemente conforme a un modelo de orientación deductiva, siempre pueden haber habido errores, pero es mucho más probable que no se hayan producido tantos si esa fase se desarrolló adecuadamente. Quiero decir con ello que hay que tratar de evitar que la redacción de la motivación se desarrolle entre continuas idas y venidas, que pueden hacer que el producto final sea caótico. Pero que quede bien claro que más vale rectificar a tiempo durante la redacción, antes que ceder a la indolencia tratando de conservar como sea lo ya redactado, haciendo pequeños retoques que hagan algo más conexa la parte redactada con la parte rectificada. Hay que tratar de evitar conductas similares porque provocan, con facilidad, redacciones incomprensibles.

Por otra parte, cuanto más se rectifica mientras se redacta, más evidente es que los hechos del proceso no han quedado demostrados. Pero ante ello, el juez no debe improvisar rellenando lagunas en el acervo probatorio a través de elucubraciones indemostrables en realidad, sino que debe reconocer lisa y llanamente que los hechos no han quedado probados. En el proceso civil corresponderá aplicar en esos casos la carga de la prueba, si es imposible realizar un juicio presuntivo con los indicios que puedan resultar de la práctica de la prueba. En el proceso penal, si los hechos son incriminatorios, la falta de prueba equivale a la inocencia del acusado. Es decir, la insuficiencia de prueba tiene una serie de resultados muy concretos, y el juez debe aplicarlos.

---

[123] *Vid.* FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, 2006, pp. 64 y 129. IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba*, cit., pp. 175 y ss.

Lo que ocurre es que, con frecuencia, los juzgadores intentan eludir la aplicación estricta de la carga de la prueba, pero también en ocasiones la aplicación de la presunción de inocencia. Y ello sucede porque, en el fondo, tener que fallar sin pruebas lo contrario a lo que probablemente piensan, les parece injusto y les hace sentir psicológicamente disconformes con sus propias conclusiones.

También hay que reconocer que es normal que ello suceda de ese modo. Las normas sobre carga de la prueba en el proceso civil son, en realidad, una especie de *ultima ratio* del Derecho Procesal, que ante una enorme insuficiencia probatoria, permiten que el juez valore el único material que tiene en el proceso: la conducta de las partes en cuanto a la aportación probatoria. Si resulta que una serie de hechos era más sencillo que los demostrara una de las partes, y no lo ha hecho, el juez fallará en su contra [124]. En el proceso penal las cosas son algo diferentes, pero igualmente pueden provocar la insatisfacción en la mente judicial. No es que se falle en contra de quien no aportó la prueba pudiendo hacerlo, sino que se falla a favor del reo si la prueba es insuficiente. La razón es que se intenta luchar contra la atávica imagen de culpable que todo ciudadano —lo que inevitablemente incluye también a los jueces— aún tiene de cualquier reo, pese al largo tiempo que lleva en vigencia, de un modo u otro, el principio de presunción de inocencia. Y, por ello, ante la ausencia de prueba, como lo más normal, lo que sucede normalmente —*id quod plerumque accidit*— es que las personas no delincan, los ordenamientos ordenan al juez que absuelva al reo.

Y todo ello, como digo, le puede parecer injusto al juez. En el proceso penal ello es especialmente claro, porque sucede con frecuencia que el juez está convencido de que el reo es culpable, pero no puede demostrarlo. Pero también sucede algo similar en el proceso civil. El juez sabe que una de las partes no aportó la prueba, no porque no quisiera, sino porque no disponía de ella o porque su letrado no fue lo suficientemente hábil, pero a estas alturas del proceso no puede demostrarlo de ningún modo. En ese peligroso momento, el juez puede tratar de eludir la aplicación de esas reglas, y utilizando en exceso el esquema inductivo, intentará dictar una sentencia «justa» a sus ojos al menos, evitando el *non liquet*. Y es que en realidad lo que sucede es que tiene el fallo claro desde el principio, y sólo le falta demostrarlo. Como no puede demostrarlo, como dije, es posible que intente evitar acudir a la aplicación de la carga de la prueba, o de la presunción de inocencia.

Y para llevar a cabo lo anterior recurre a una peligrosísima herramienta: la intuición, que por la extraordinaria frecuencia de su uso la trataré en epígrafe aparte, aunque sea forzosamente breve.

---

[124] Justifico estas conclusiones en J. Nieva Fenoll, *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión*, XXX Congreso colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2009, pp. 1035 y ss. *Vid*. también J. W. Peyrano, «Carga de la prueba. Las razones que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios», en AAVV (coord. Oteiza), *La prueba en el proceso judicial*, Buenos Aires, 2009, p. 228.

D) La exclusión de la intuición

En general, los seres humanos tenemos un concepto bastante mitificado de lo que sea la intuición. Puede definirse como la «capacidad de lograr un conocimiento directo, una percepción inmediata sin la observación o la razón» [125]. También se ha dicho que son respuestas «que se alcanzan con poco esfuerzo aparente y normalmente sin una conciencia deliberada. Implican poca o ninguna deliberación consciente» [126].

En cualquier caso, está empíricamente demostrado que cuanto más complicada es la decisión a tomar, más tendencia existe a acudir a la intuición, básicamente porque el sujeto sabe, en primer lugar, que no puede captar todos los detalles del caso concreto a decidir; en segundo lugar, porque los datos en un contexto complicado suelen ser poco o nada explícitos —como sucede en las situaciones de insuficiencia de prueba—; y en tercer lugar, porque existe la extendida creencia de que en ese tipo de situaciones, hasta el más pequeño error puede provocar el desacierto de la decisión [127]. Y por ello, en este tipo de escenarios el ser humano tiende a confiar ciegamente en los datos que obtiene de su experiencia pasada en ocasiones similares, lo que constituye un atajo para conseguir decisiones acertadas que ya examiné en el capítulo anterior. Pero como ya vimos en dicho capítulo, ese atajo resulta peligrosísimo, como de hecho advierten con reiteración las obras citadas a pie de página, porque conduce a muchos errores. Por ello, existen multitud de trabajos que recomiendan directrices para controlar la intuición en los más diversos ámbitos [128], hasta el punto de sacar la decisión del terreno de lo inconsciente, llevándola al campo de lo empírico.

Justamente éste es el panorama ante el que se encuentra un juez en el momento en que tiene que motivar una sentencia, si sucede que la prueba no ha dado de sí todo lo que se esperaba de su práctica. Y por ello, ante la necesidad de decidir, se ve impulsado a seguir su intuición, lo que en buena medida supone, como vimos, prescindir de las reglas de carga de la prueba, de la presunción de inocencia y hasta de los pocos indicios que puedan extraerse de la prueba practicada. Una vez asumida —aunque sea de modo inconsciente— la decisión de utilizar la intuición, el juez puede llegar al extremo de encadenar presunción tras presunción, pero no al estilo de la llamada «*cascaded evidence*», es decir, no teniendo indicios consolidados al menos por la debida formación previa de otra presunción, sino simplemente exponiendo lo que su intuición le indica al amparo de los poquísimos indicios existentes.

Pues bien, ese tipo de actitudes deben ser desterradas por completo en materia de valoración de la prueba [129]. Si bien la intuición es un mecanismo

---

[125] MYERS, «Intuición», cit., pp. 15-16.

[126] R. M. HOGARTH, *Educar la intuición. El desarrollo del sexto sentido*, Barcelona, 2002, p. 30.

[127] HOGARTH, *Educar la intuición*, cit., p. 27.

[128] Entre otras muchas, J.-E. DIMITRIUS y M. MAZZARELLA, *A primera vista, un método práctico para «leer» a la gente*, Barcelona, 1999.

[129] Lo explica indirectamente TARUFFO, «La motivazione», cit., p. 119: «anzitutto, il ragionamento del giudice, che procede anche per intuizioni, assunzioni di ipotesi di lavoro, scelte valuta-

extraordinariamente eficaz para tomar decisiones rápidas en la vida cotidiana, su uso no puede extenderse a algo que ni tiene por qué ser rápido, ni mucho menos irreflexivo, como una sentencia. Es decir, el uso en la valoración de la prueba por parte del juez de ese conjunto difuso que constituyen las llamadas «máximas de experiencia», no puede llevarse al extremo de substituir con estas máximas aquello que las pruebas dicen, o colmar las lagunas de lo que no han dicho.

Sin embargo, ya di directrices suficientes para que la intuición no se utilice relevantemente en esa actividad de valoración. Pero es que cuando más incidencia tiene la misma es en el momento de la redacción de la motivación, puesto que es en ese instante en el que el juez suele darse cuenta de que la actividad probatoria es incompleta. En ese trance es en el que, como dije, se resiste, por ejemplo, a aplicar las normas de carga de la prueba, es decir, las soluciones que impone el ordenamiento jurídico cuando la prueba, por la razón que sea, ha resultado insuficiente. El juez puede llegar a sentirse más cómodo aplicando lo que su experiencia le lleva a pensar que ha podido ocurrir, que extrayendo las consecuencias jurídicas de la insuficiencia probatoria. Y en ese momento es en el que improvisa y, como consecuencia del uso de la intuición, de manera inconsciente imagina el acaecimiento de hechos que en realidad no sucedieron, o de indicios inconsistentes extrae hechos presuntos que es muy posible que no hayan sucedido en realidad. Pero hayan sucedido o no, el problema es que no están refrendados por el resultado de ningún medio de prueba en absoluto. De ese modo, la sentencia se convierte automáticamente en injusta, puesto que si el proceso jurisdiccional es un mecanismo de resolución de conflictos que, a fin de conseguir paz entre las partes, persigue el mayor acercamiento posible a la verdad de los hechos y a la auténtica interpretación del ordenamiento jurídico [130], lo cierto es que en este tipo de situaciones no cumple su cometido. Una realidad inventada no merece otro calificativo que el de falsa.

E) La regla «lo que no se puede motivar no existe»

De ahí que se haya mantenido, expresa o tácitamente [131], la existencia de una especie de «regla de oro» orientativa para los jueces, consistente en afirmar que «lo que no se puede motivar, no existe».

En realidad, lo que se está intentando decir, de una manera elegante, es que los jueces no introduzcan en la sentencia hechos sobre aquello que intuyan, sino solamente acerca de lo que resulte de la actividad probatoria. Pero el problema es que esa frase da por hecho que los jueces, a la hora de motivar,

---

tive immediate, può essere assai meno articolato di quanto non debba essere la motivazione, nella quale l'intuizione debe svolgersi nelle forme dell'argomentazione, le ipotesi vanno confermate o verificate, e le scelte di valore vanno razionalmente convalidate».

[130] Cfr. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 118.

[131] *Vid.* Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 244: «... Se non si riscontra alcun criterio attendibile ed epistemicamente fondato, la sola conseguenza possibile è che nessuna inferenza può essere formulata».

expresan siempre los antecedentes lógicos de sus afirmaciones, cuando ello no suele ser así. Y además, también deja de lado que no pocas veces los razonamientos meramente intuitivos son cubiertos, como ya dije, por un manto de presunciones mal construidas que intentan dar una apariencia de motivación a la resolución [132]. Es algo parecido a lo que ocurre cuando motivando la parte más jurídica de las sentencias, citan y reproducen literal e inmotivadamente jurisprudencia, sentencia tras sentencia, sin explicar el porqué concreto de haber incluido esa jurisprudencia específica en la motivación, ni aclarar en qué medida el caso citado es tan similar al presente como para que merezca esa cita comparativa. Y no se explica porque para ello habría que haber expuesto con claridad la motivación fáctica de la sentencia. Y, en esos casos, esa motivación suele no existir, lo que, como vemos, afecta a esa motivación jurídica, reafirmando una vez más, también desde este punto de vista, la unidad inescindible entre hecho y derecho [133].

Por tanto, probablemente habría que hacer una modificación a esa acertada regla, añadiendo simplemente una palabra, y diciendo que «lo que no se puede motivar legítimamente, no existe». Con ello se subrayaría la exclusión de la intuición en una sentencia judicial. Un juez no puede juzgar según lo que cree intuitivamente que ha sucedido, sino sobre lo que existen elementos de prueba que demuestran que ha sucedido, valorando debidamente dichos elementos. Y en caso de no existir dichos elementos, al no ser posible la valoración, no queda otro remedio que acudir a la carga de la prueba en el proceso civil, o a la presunción de inocencia, en su caso, en el proceso penal.

Con ello se completa la explicación de lo que creo que son los vicios más frecuentes en la motivación. Existen, sin duda, otros, pero como ya expresé, de ellos ya se ha ocupado suficientemente la Doctrina jurídica, y por tanto no es preciso extenderse más en este momento sobre los mismos.

---

[132] Las diferentes categorías de este mal hacer judicial pueden localizarse en TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 240 y ss.

[133] *Vid.* entre otros muchos S. CHIARLONI, «La cassazione e le norme», *Riv. di dir. proc. civ.*, 1990, pp. 992 y ss. FAIRÉN GUILLÉN, «De los "hechos" al "derecho". Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995», *RDProc*, núm. 2, 1997, p. 359. S. GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1997, p. 200. F. M. IACOVIELLO, *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 265. T. KLEINKNECHT, K. MEYER y L. MEYER-GOSSNER, *Strafprozeßordnung*, München, 1995, p. 991. F. MAZZARELLA, «"Fatto e diritto" in Cassazione», *RTDPCIt*, 1974, pp. 82 y ss. U. NEUMANN, «Die Abgrenzung von Rechtsfrage und Tatfrage und das Problem des Revisionsgerichtlichen Augenscheinsbeweises», *GA*, 1988, p. 387. NIEVA FENOLL, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, pp. 101 y ss. H. OTTO, «Möglichkeiten und Grenzen der Revision in Strafsachen», *NJW*, 31, enero 1978, p. 7. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978, p. 185. S. SATTA, «Il formalismo nel processo», *RTDPCIt*, 1958, pp. 1154. W. SCHMIDT-HIEBER, «Grunlagen der Strafrechtlichen Revision», *Jus*, 1988/9, p. 710. D. TEMMING (avec M. LEMKE, K.-P. JULIUS, C. KREHL, H.-J. KURTH y E. C. RARTENBERG), *Strafprozeßordnung*, Heidelberg, 1995, p. 1243. SERRA DOMÍNGUEZ, «Del recurso de casación», *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, p. 843. J. VERGER GRAU, «Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del jurado de 20 de abril de 1994», *Justicia*, 94, pp. 528-529.

V. LA VALORACIÓN DE LOS DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA

Llegados a este punto, una vez sentadas las bases históricas y teóricas de la valoración de la prueba, y tras haber examinado cuáles son los principales obstáculos que acostumbran a impedir una correcta valoración probatoria en la práctica, es necesario adentrarse en el estudio de las peculiaridades de cada medio de prueba. Lo que podía trazarse como teoría general en cuanto al concepto que nos ocupa, ha venido expuesto en los capítulos que preceden. Pero cuando tenemos que ocuparnos de la valoración del concreto resultado de una prueba, no son posibles más generalizaciones, al margen de una puntual y preliminar sobre la credibilidad de las personas, a la que me referiré inmediatamente. Pero con independencia de ello, lo cierto es que cada medio tiene sus propias especialidades y, probablemente, la máxima generalización a la que se puede llegar, al margen de la citada, es precisamente haber podido clasificar los diferentes esfuerzos probatorios en unos pocos medios, dentro de los cuales sí que es posible la enunciación de ideas más generalistas.

De lo que se trata en este capítulo es de darle al juez, por fin, las herramientas necesarias para que la valoración de la prueba dependa, en la medida de lo posible, de criterios objetivos y explicables, y no de intuiciones generales cubiertas detrás del tantas veces incoherente telón de la «inmediación» [1]. En realidad, esa pura intuición es víctima de todo tipo de emociones, inclinaciones, gustos, preferencias y hasta aficiones, elementos que no siempre resultan confesables y que, de hecho, acostumbran a no confesarse, porque lo cierto es que no deberían formar parte de la valoración probatoria.

Por el contrario, la valoración probatoria es objetivable. No hasta las ultimísimas consecuencias, evidentemente, pero sí que es posible establecer criterios a los que el juez actualmente ya atiende en ocasiones, aunque no suela ser consciente de ello. Consiste en que esos criterios se conozcan, se utilicen

---

[1] *Vid.* IGARTUA SALAVERRÍA, «Prueba científica y decisión judicial», *op. cit.*

debidamente y, sobre todo, como ya indiqué, se expliquen en la motivación, porque sólo de esa forma, realmente, pueden ser impugnados a través de un recurso contra la sentencia.

Se observará en las líneas que seguirán que dichos criterios son mucho más sencillos de lo que podía imaginarse en la mayoría de las ocasiones. Y quizás sorprenderá al lector, sobre todo al lector que sea juez, no haber caído en la cuenta de los mismos antes. Aunque también habrá, evidentemente, quien cayendo en el sesgo de «*a posteriori*», pensará que todo lo que se va a exponer ya lo utilizaba en su tarea cotidiana. Incluso a ese juez van dirigidas las siguientes líneas, sobre todo para ayudarle a explicar el uso de dichos criterios en su motivación, otorgándole la consciencia de que esos criterios no son, en realidad, intuitivos, sino que poseen un respaldo científico que puede expresar en la sentencia sin vergüenza alguna, a diferencia de lo que sucede actualmente, siempre y cuando los utilice adecuadamente, claro está. A día de hoy, la convicción y la credibilidad no se razonan en realidad. Se cree, con frecuencia [2], que todo lo que influye en las mismas no es explicable con palabras. Veremos a continuación que no solamente sí lo es, sino que debe serlo.

1. CRÍTICA DE LA NOCIÓN DE «MÁXIMAS DE EXPERIENCIA»

Aparte de la «inmediación», la generalización de la que ha sido víctima con más frecuencia la libre valoración de la prueba, sobre todo en el siglo XX, ha sido la noción de «máximas de experiencia», «leyes del pensamiento» [3], «reglas de la sana crítica», etc. Ya analicé líneas atrás el origen de esta expresión y cómo la misma, en realidad, intentaba dotar verbalmente de un cierto cientifismo a las herramientas esenciales de la libre valoración de la prueba. Aunque de un modo un tanto burdo, porque no se llegaba a explicar, en realidad, cuáles fueran dichas herramientas. Lo que sean las máximas de experiencia, u otras expresiones similares, creo que ha sido tratado suficientemente por la doctrina [4], sobre todo con el objeto de que su examen fuera posible en el recurso de casación.

En el fondo, ello constituía simplemente un intento de que la valoración de la prueba fuera revisada por los tribunales de casación, con la finalidad de que ese juicio probatorio pudiera ser también objeto de crítica ante los altos tribunales. Los tribunales de casación, por lo general, siempre han sido remisos a analizar esos juicios, escudándose en la supuesta restricción de su

[2] *Vid.*, entre otras muchas, STS (Sala 2.ª), 8-2-1999 (núm. rec. 2643/1997), FD 1: «La credibilidad del testigo, está sujeta a la percepción directa del tribunal que la recibe, es decir, a la inmediación, de forma y manera que sólo el tribunal que directamente ha percibido la prueba puede valorarla por ser el destinatario de la actividad probatoria, sin perjuicio de la documentación en el acta del juicio oral que, desde la perspectiva del control casacional, permite constatar que existió actividad probatoria pero no la valoración de la credibilidad de ese testimonio».

[3] *Vid.*, por ejemplo, H.-D. HEESCHER, *Untersuchungen zum Merkmal der freien Beweiswürdigung in § 286 ZPO und § 261 StPO —Versuch einer Neubestimmung—*, Münster, 1974, pp. 84 y ss.

[4] *Vid.* NIEVA FENOLL, *El hecho*, cit., pp. 149 y ss., y la doctrina allí citada.

cognición a las «cuestiones de derecho», aunque en realidad lo que pretendían era no verse agobiados por una teóricamente tremenda carga de trabajo si ampliaban el ámbito de su conocimiento a esas cuestiones. Y, de ese modo, salvo para conseguir acabar con los esquemas más anticuados de la valoración legal, no ha servido finalmente de mucho que las leyes contuvieran preceptos que remitieran a las máximas de experiencia. O que una parte relevante de la doctrina afirmara que las máximas de experiencia son cuestiones de Derecho [5]. En todo caso, salvo excepciones [6], lo cierto es que los tribunales de casación no se han ocupado del tema probatorio.

En realidad, ningún tribunal ni legislador parece haberse preocupado realmente de la cuestión probatoria, al menos en lo referido a las máximas de experiencia. Las máximas son siempre citadas genéricamente a mayor abundamiento, como una especie de cláusula de estilo que obvia cualquier otro razonamiento. Y cuando se mencionan, no significan otra cosa que una referencia a una especie de imaginario colectivo que se toma como ejemplo de consenso social o científico de cuál es el *id quod plerumque accidit*. De ese modo se ha creado, como dice Taruffo [7], un «*insieme caotico e indeterminato*» en torno a este concepto, de manera que, incluso, como añade este mismo autor, prácticamente nunca que se alude a una máxima de experiencia dicha máxima posee esa naturaleza, puesto que, en realidad, se está haciendo referencia en ocasiones, como ya he dicho, a simples convenciones sociales que, por cierto, están llenas de prejuicios y no atienden en absoluto al método científico.

Creo que ha llegado el momento de retirar definitivamente ese telón que supone esta noción, mirando qué se esconde detrás del mismo. El concepto de máxima de experiencia, aunque en diferentes versiones, como vimos, es anterior a Stein. Y es sabido que la denominación no convencía al propio autor de la expresión, que la enunció provisionalmente. Hoy en día ya no podemos refugiarnos en algo tan sumamente vago para eludir dar motivos del juicio probatorio. Las ciencias han avanzado lo suficiente como para poder dar razón de aquello que impulsa a un juez a creer o no en un caso concreto. Ya no podemos contentarnos con la confianza —rayana con la fe— en simples «impresiones» que surjan de la inmediación, y que se suponga que no se pueden explicar. Todo lo contrario. Toda acción humana es explicable en mayor o menor medida. Pero el juicio jurisdiccional, que siempre viene precedido de una reflexión y, además, forzosamente tiene que ser motivado, no puede quedarse huérfano de explicaciones, todo lo contrario.

---

[5] Lüke, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 407, Jauernig, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 247. Lo explican con precisión Rosenberg, Schwab y Gottwald, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 1006: «*So sind auch das Übersehen oder die offensichtliche Fehlbewertung eines allgemein anerkannten Erfahrungssatzes oder der Verstoß gegen die Denkgesetze bei der freien Beweiswürdigung (§ 286) revisibel, weil die freien Beweiswürdigung des Richters von vornherein durch die immanenten Schranken der Lebenserfahrung und die Gesetze der Logik begrenzt wird. Ein solcher Verstoß ist daher eine Verletzung des § 286*».

[6] La Sala Segunda del Tribunal Supremo español ha entrado muchas veces en esas materias, al hilo de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Las referencias jurisprudenciales son innumerables.

[7] Taruffo, «Libero convincimento», cit., p. 4. *Vid.* también M. Taruffo, «Considerazioni sulle massime d'esperienza», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile,* 2009, pp. 557 y ss.

Pero esas explicaciones son difíciles, porque no se han realizado prácticamente nunca en realidad. A continuación vamos a abundar en tales explicaciones, dado que se van a ofrecer las herramientas de la valoración probatoria especificadas por medios de prueba. Tras ello, creo que no será posible por más tiempo que se sigan aceptando simples juicios intuitivos a la hora de valorar la prueba.

No obstante, no quisiera concluir este apartado sin subrayar la importancia destacable que la noción de «máxima de experiencia» ha tenido hasta el momento. Nos ha permitido recordar, que no es poco, que la valoración de la prueba depende de criterios lógicos, y no de arbitrarias y/o anticuadas orientaciones legales. El concepto nos acercó históricamente a la esencia del razonamiento probatorio. Por ello, no tiene que ser desdeñado en sí mismo, sino que se debe hacer un esfuerzo necesario por darle el contenido preciso en cada caso concreto. A ello se dedicará prácticamente todo el resto de apartados de este capítulo: a describir por fin cuáles sean las máximas de experiencia que el juez debe utilizar con respecto a cada medio de prueba.

2. ASPECTOS COMUNES A LA PRUEBA DE DECLARACIÓN DE PARTES Y LA PRUEBA TESTIFICAL: LA CREDIBILIDAD DE LAS PERSONAS Y SU EVALUACIÓN TÉCNICA

Uno de los lugares comunes en prácticamente todos los medios de prueba es la credibilidad de las personas. No en vano un litigante, un testigo o incluso un perito son personas, y los tres pueden llegar a mentir, voluntaria o involuntariamente, por igual. También en el reconocimiento judicial el principal protagonista es una persona con sus percepciones: el juez. Y en la prueba documental, el autor del documento es siempre e invariablemente un ser humano, que trata de reproducir una concreta realidad de una forma más rápida y cómoda que si la tuviera que ir explicando oralmente.

Sin embargo, existen dos de esos medios de prueba en los que la credibilidad del declarante ha sido estudiada desde un punto de vista técnico. Se trata de la prueba testifical y la prueba de declaración de las partes. Por eso, antes de pasar al análisis de la valoración de los medios de prueba, es obligado examinar previamente la fiabilidad de las declaraciones de las personas en general, examinando su memoria y la forma en que pueden expresar la realidad con mayor acierto, determinando finalmente de modo objetivo los criterios para el control de dicho acierto.

La ciencia jurídica no ha solido profundizar más que ocasionalmente en estos temas, descendiendo así a la auténtica esencia de las «reglas de la sana crítica» a las que se nos ha solido remitir en estos casos. Durante la exposición de esos conocimientos y su uso práctico existirá la oportunidad de ir haciendo referencia a las escasas reflexiones que los legisladores y la jurisprudencia han realizado sobre la credibilidad de los declarantes. También comprobaremos que la declaración de testigos, pese a lo desacreditada que ha llegado a estar, inspira una confianza en los jueces muy superior a la que

se cree [8]. Tendremos oportunidad de analizar cumplidamente por qué, así como la razón de la existencia del tópico.

No obstante, pese a que la credibilidad de las personas tenga bases comunes, sean partes o testigos los declarantes, se tratará de forma separada la valoración de dicha credibilidad con respecto a cada medio de prueba. Y ello no sólo porque las leyes los conciban como medios autónomos, sino porque la valoración es distinta cuando la persona está informando de algo que le es ajeno —aunque pueda ser sólo en parte— o de algo que le es propio.

Pero eso no quita que las bases de la credibilidad sean esencialmente las mismas, lo cual no puede negarse válidamente desde el punto de vista científico. Por consiguiente, analizaré en primer lugar dichas bases y, tras ello, me centraré en la valoración de los distintos medios de prueba.

A) La llamada psicología «del testimonio»

Quizás desde siempre, los seres humanos han querido escudriñar la verdad de las declaraciones de una persona en las más variadas situaciones sociales. Por supuesto, cualquiera de nosotros desearíamos saber siempre si es sincera la persona que nos habla o nos escribe, y así ha sido en todas las épocas, interfiriendo esa sensación de confianza en todo tipo de relaciones personales.

Esa preocupación también se ha reflejado en el Derecho, y especialmente en el proceso jurisdiccional. Aunque existen otros referentes [9], son particularmente interesantes las disposiciones de las Partidas en este sentido, tanto respecto a la prueba testifical [10], como al modo de realizar el interrogatorio durante la terrorífica práctica de la tortura [11], plenamente legal en aquellos tiempos oscuros. En esas normas se encuentran varios consejos para practicar el interrogatorio que, junto con las prohibiciones para testificar a las que ya me referí anteriormente, lo cierto es que constituyen todo un testimonio,

---

[8] *Vid.* Reinecke, «Die Krise der freien Beweiswurdigung», cit., p. 631.

[9] *Vid.* A. L. Manzanero, *Psicología del testimonio*, Madrid, 2008, p. 17.

[10] *Vid.*, por ejemplo, Partida III, Tít. XVI, Ley 28: «*Otrosi dezimos, que deven ser preguntados del tiempo en que fue fecho aquello sobre que testiguan, assi como del año, e del mes, e del dia, e del logar en que lo fizieron. Ca si se desacordassen los testigos, diziendo el uno que fuera fecho en un logar, el el otro en otra parte, non valdria su testimonio.* (...) *E aun deven ser preguntados los testigos, quien eran los otros testigos que estavan delante, quando acaescio aquello sobre lo que testiguan: e mas preguntas non han por que fazer al testigo que fuere de buena fama. Mas si fuere ome vil, e sospechoso, que entendiesse el juez, que anda desvariando en su testimonio, entonce devele fazer otras preguntas por tomarle en palabras, diziendo assi: Quando este fecho sobre que testiguas acaecio, que tiempo fazia? Estava nublado, o fazia sol? o quanto ha que conociste estos omes de quien testiguas? e de que paños eran vestidos, quando acaescio esto que dizes? Ca por lo que respondiere a tales preguntas como estas, e porlas señales que viere en la cara del, tomar ha apercibimiento el juez si ha de creer lo que dize el testigo, o non*».

[11] Partida VII, Tít. XXX, Ley 3: «*... preguntando el juez por si mismo enesta manera al que metieren en tormento. Tu fulano sabes alguna cosa dela muerte de fulano agora di lo que sabes y no temas que no te faran ninguna cosa sino derecho y no deve preguntar si lo mato el ni señalar a otro ninguno por su nombre por quien quiere preguntar. ca tal pregunta como esta non seria buena. Porque podria acaescer que el daria carrera para dezir mentira*».

valga la redundancia, de la preocupación por el descubrimiento de la mentira a través de la declaración y conducta de una persona durante su práctica. Algunos de los consejos contenidos en esas normas son juiciosos, aunque la mayoría completamente prejuiciosos. Pero lo importante es que al menos se orientaba al juez en la forma de tomar la declaración, cosa que actualmente no suele suceder, celebrándose los interrogatorios siguiendo prácticamente de manera exclusiva la intuición o, aún peor, la tradición. Lo que sorprende es que tras la lectura de las disposiciones citadas al pie, alguien pueda seguir manteniendo que era legal la valoración de la prueba testifical en las leyes de Partidas.

Sea como fuere, como se ve, la preocupación por este tema data de varios siglos atrás. Pero su estudio científico es más reciente y se remonta a finales del siglo XIX. Habría que citar los nombres de CATTELL [12] —el fundador de la *Psychological review* en 1894— y de Hans GROSS [13] como los iniciadores de esta disciplina, aunque la primera obra general de la materia la publica el alemán Hugo MÜNSTERBERG en 1908 [14]. A partir de ahí ven la luz numerosos estudios [15], destacando por su predicamento en la doctrina jurídica sobre todo los trabajos de LOMBROSO [16] y GORPHE [17]. Pero el discurrir científico se detuvo a finales de los años treinta, durando el parón más o menos hasta los años setenta del siglo XX [18], como consecuencia del auge durante ese periodo de una tendencia, el conductismo, que trataba de explicar las reacciones de los testigos a través del aprendizaje y de la conducta, y no del estudio de la memoria y la técnica del interrogatorio [19]. A partir de los años setenta, por tanto, se empiezan a publicar los trabajos sobre los que la mayoría de la doctrina de hoy en día apoya sus conclusiones.

En todo caso, esta ciencia intenta averiguar la verdad de las afirmaciones de los declarantes teniendo en cuenta diversas variables que iremos viendo seguidamente. Sus estudios se basan, sobre todo, en entender los procesos de la memoria humana, tratando de investigar experimentalmente —en la medida de lo éticamente posible— qué aspectos pueden interponerse en la exactitud de los recuerdos de un declarante. Y comprobada, al menos teóricamente, la exactitud del recuerdo, la psicología del testimonio estudia la credibilidad de las declaraciones, tratando de detectar las mentiras y señalando los diferentes móviles que pueden hacer que un declarante aporte esas falsedades al proceso.

---

[12] Al principio, estas investigaciones se centraron en las reacciones de las personas ante los estímulos externos. Ese fue el caso de la tesis doctoral de J. McK. CATTELL, *Psychometrische Untersuchungen*, Leipzig, 1886.

[13] H. GROSS, *Criminalpsychologie*, Graz, 1898.

[14] H. MÜNSTERBERG, *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*, New York, 1908.

[15] Para más detalles, *vid.* ampliamente el relato de MANZANERO, *Psicología del testimonio*, pp. 18-19.

[16] C. LOMBROSO, *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*, Torino, 1893, y *La psicologia dei testimoni nei processi penali*, Scuola positiva, XV, sept.-oct. 1905.

[17] F. GORPHE, *La critique du témoignage*, Paris, 1924. Hay traducción española (*la crítica del testimonio*) de Reus, Madrid, 2003 (2.ª reimpresión de la sexta edición).

[18] I. IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, Donostia, 2000, p. 16.

[19] MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 20.

Sus conclusiones son de inmediata aplicación en la ciencia jurisdiccional. Los tres aspectos de la psicología del testimonio que más interesan son, en primer lugar, la técnica de obtención de declaraciones, porque aporta una experiencia valiosísima basada en resultados corroborados, bien en estudios de campo, bien en la medida de lo posible en la práctica judicial. En segundo lugar, como decía, esta disciplina ayuda a detectar la mentira a través de aspectos objetivos. Y en tercer lugar, la materia aporta una importante serie de datos a los efectos de practicar correctamente los reconocimientos de personas, en rueda desde luego, pero también a través de las fotografías. Lógicamente, en el presente trabajo, nos centraremos solamente en los dos primeros puntos, puesto que el tercero tiene casi exclusiva importancia para el proceso penal, pese a que se realizará alguna referencia inevitable a este particular, porque una parte de la valoración de la prueba es, lógicamente, la identificación del imputado.

No quisiera concluir este apartado sin expresar una respetuosa sugerencia para los psicólogos. Con la máxima consideración, encuentro que la denominación psicología «del testimonio» es desacertada, y pone unas fronteras a su estudio que no existen en realidad. Por el contrario, cuando analizamos las muy ilustrativas obras de esta ciencia, hallamos que lo que expresan está referido no solamente a los testigos, figura en la que se inscribiría exclusivamente el término «testimonio», sino que en realidad están haciendo referencia a cualquier declarante. Es cierto que se ha privilegiado en parte el ejemplo del «testigo» en la exposición de dichas obras y en sus estudios de campo, pero no creo que ello haya sido intencionado. Por el contrario, el ámbito de la referida ciencia es mucho más amplio. Sus aportaciones nos sirven a los juristas para sentar las bases de la valoración de cualesquiera declaraciones de personas. Por ello me atrevo a sugerir un cambio de denominación, designando a esta materia como «psicología de la declaración», o incluso «psicología de la declaración de personas», no porque quepa concebir que las declaraciones puedan ser realizadas por otros entes que no sean seres humanos, sino como un modo de englobar a todos los declarantes en un proceso, y no solamente a los testigos. Es decir, incluyendo a los litigantes. Y hasta quizás a los peritos en el limitado modo que veremos más adelante. Creo que de esa manera la ciencia en cuestión desplegará sus conocimientos en el ámbito que más que legítimamente le corresponde.

B) La memoria de las personas

Para empezar a entender en qué se basa la credibilidad de las personas, es completamente necesario comprender antes cómo funciona a grandes rasgos nuestra memoria, y cuáles son sus defectos más comunes. Este tema no es jurídico, evidentemente, pero afecta tan enormemente a la valoración de la prueba que debe ser tenido necesariamente en cuenta, sobre todo como integración de esas «reglas de la sana crítica» que las leyes obligan a aplicar a los jueces en ese trance, y que les suelen ser completamente desconocidas [20].

---

[20] Seguiré a continuación, fundamentalmente, las explicaciones de MANZANERO, *Psicología del testimonio*, pp. 27 y ss.

En general, como dijimos mucho más atrás, se acepta que sin sensación no existe la percepción, puesto que para percibir algo en primer lugar nuestros sentidos tienen que haber tenido la posibilidad de acceder a ello, salvo que se trate de una alucinación. Y derivado de lo anterior, también podría afirmarse que sin percepción no hay recuerdo, pero esto ya no es tan cierto, porque existen los llamados «falsos recuerdos» [21], de los que después me ocuparé. El proceso a través del cual memorizamos es complejo y ha sido objeto de numerosos estudios que exponen una u otra estructura para explicarlo [22]. También es diverso el elenco de los tipos de memoria que se distinguen [23], pero todo ello, aunque es interesante conocerlo, no es directamente relevante para nuestro estudio desde la perspectiva de un jurista.

Sí que nos importan, sin embargo, las conclusiones de la doctrina psicológica. Comencemos por exponer que en el ámbito de la memoria a corto plazo, la capacidad para recordar estímulos auditivos es superior a la de los estímulos visuales [24]. En ese mismo ámbito, se concluye que se recuerdan siempre mejor los primeros datos y los últimos de una lista, siendo más susceptibles de olvido los que se sitúan en medio del elenco [25].

Por su parte, en el ámbito de la memoria a largo plazo se distinguen dos tipos de memoria, la episódica, que es la autobiográfica, la referida a los recuerdos del individuo, y la memoria semántica, que es la que contiene los conocimientos que nos permiten interpretar cuanto vemos y, por supuesto, también nos permite valorar los datos de la memoria episódica. Pues bien, con respecto a esta última se distinguen tres procesos fundamentales: la «codificación», que consiste en tomar la información percibida seleccionándola, dotándola de significado a través de la interpretación, y finalmente integrándola en las estructuras preexistentes de la propia memoria, formando lo que se llama la «huella de la memoria». En segundo lugar hallamos la «retención», que nos enseña que con el paso del tiempo tienden a deteriorarse las huellas de la memoria, como veremos después. Pero lo curioso es que la información también se recodifica con el tiempo, sobre todo cuando se viven acontecimientos similares y tienden a confundirse unos con otros, produciéndose falsos recuerdos y solapamientos [26] que, no obstante, también se generan a través de otras informaciones de la memoria episódica que sólo parcialmente tienen algo que ver con el acontecimiento recordado.

Y en tercer lugar, tenemos el proceso más interesante a efectos procesales: el de «recuperación», es decir, la búsqueda en nuestra memoria del recuerdo. El acierto en la búsqueda parece depender de que el individuo sea capaz de reinstaurar, en el momento de la declaración, la situación en que se produjo la codificación, es decir, que vuelvan a la memoria los elementos que sirvieron para almacenar la información. Si no aparecen estos elementos o

---

[21] MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 31-32.
[22] *Vid.* uno de ellos en IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, cit., p. 19.
[23] MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 32 y ss.
[24] *Ibid.,* p. 35.
[25] *Ibid.,* p. 37.
[26] *Ibid.,* pp. 38-39.

indicios, la información no podrá ser recuperada [27]. Eso es lo que sucede en muchos procesos en los que la víctima ve al imputado completamente cambiado de aspecto. La consecuencia es que no le va a reconocer. Y también es lo que propicia que algunos letrados o fiscales suministren de mala fe al declarante falsos indicios, similares a los del proceso de codificación pero que conducen a resultados diferentes. El resultado será que se producirá una recuperación falsa. De hecho, es lo mismo que sucede cuando en un examen oral el profesor da pistas. Si son las correctas y el alumno ha estudiado, es posible que apruebe el examen. En cambio, si las pistas son falsas es posible que el alumno se equivoque, aunque se sepa bien la lección.

Todo ello debiera conducir a pensar que la memoria, en general, puede ser poco segura. De hecho, las personas perciben normalmente sólo aquello que realmente les interesa, lo que es otro dato a tener en cuenta [28]. En cambio existe en los individuos una tendencia a confiar bastante en la propia memoria y, en consecuencia, a sobrevalorar también la de los demás [29]. Sin embargo, en todo caso, es una conclusión muy consolidada que la confianza que exprese un individuo en su memoria a la hora de declarar, no tiene absolutamente nada que ver con la exactitud de sus recuerdos [30], lo que debiera hacer pensar mucho a jueces, pero también a los legisladores a la hora de valorar este extremo, como por ejemplo cuando en las ruedas de reconocimiento se exige que el testigo señale a la persona identificada «clara y determinantemente» [31]. No obstante, hay que decir que aunque se conoce este fenómeno, designado como «sensación de saber» [32], las explicaciones de su porqué no son todavía, en el estado actual de la ciencia, nada claras.

Por otra parte, también se ha estudiado la importancia del contexto en la memoria, es decir, de las circunstancias ambientales o emocionales de todo tipo en que se codificó la huella. Ese contexto puede servir para recordar esa huella, pero también para no reconocerla si está fuera de ese contexto. E incluso tiene importancia en el momento de la codificación, porque los recuerdos no se adquieren igual dependiendo si era de día o de noche, o el ambiente era triste o festivo [33]. Si, por ejemplo, se observa un accidente automovilístico a las 12 del mediodía en plena calle, lo atribuiremos a una distracción o al exceso de velocidad. En cambio, si observamos exactamente el mismo accidente a las 4 de la mañana, casi inmediatamente lo atribuiremos al consumo de alcohol u otros estupefacientes. No obstante, parece que es más bien reducida la importancia de esos contextos a los efectos de la recuperación de recuerdos concretos, pese a que los resultados experimentales no resultan concluyentes [34]. También es discutida la importancia de la recuperación del llamado «contexto cognitivo». Consiste el mismo en que el testigo recuerde

---

[27] *Ibid.*, p. 39.
[28] Bender, Nack y Treuer, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, cit., p. 12.
[29] Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 48.
[30] *Ibid.*, p. 49.
[31] Art. 369 de la LECrim.
[32] Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 49.
[33] *Ibid.*, p. 59.
[34] *Ibid.*, p. 72.

detalles físicos del lugar en que se produjeron los hechos, la secuencia de dichos hechos y sus propias reacciones acerca del incidente y el agresor. Si al testigo se le pone en esa tesitura, parece ser que recuerda más exactamente lo sucedido [35]. Pero como decía, los resultados de la investigación tampoco son concluyentes [36].

En todo caso, sí que existe acuerdo en que el paso del tiempo es un enemigo de la memoria [37], como todo el mundo sabe. Ya hemos visto que puede distorsionarla [38], sobre todo en cuanto a la fuente a través de la cual adquirimos la información recordada [39], pero también con respecto a otros detalles, porque parece ser que la memoria no graba la realidad, sino que la interpreta y reconstruye [40]. De ese modo, los testigos presenciales pueden sufrir distorsiones en cuanto, por ejemplo, a la duración de un incidente, dado que en una situación tensa ocurren muchas cosas a la vez, y los observadores tienden a pensar que ha transcurrido más tiempo del efectivamente pasado [41].

El tiempo, en consecuencia, puede llegar a borrar paulatina pero completamente el recuerdo, como se ha demostrado en diversos experimentos [42], sin que se sepa exactamente el porqué. Se intuye que la distorsión del recuerdo viene provocada, como ya dije, por el ingreso de otros recuerdos similares en la memoria [43], produciéndose los solapamientos antes referidos, lo cual se intenta demostrar incluso desde el punto de vista biológico [44]. Pero la pérdida de la huella es enigmática, puesto que ni siquiera ha podido ser explicada desde ese punto de vista biológico [45], salvo cuando aparecen enfermedades ocasionantes de amnesia [46]. Se sabe que los hechos desagradables se olvidan antes que los agradables [47], lo que podría ser debido a una ancestral necesidad adaptativa del *homo sapiens*. También se ha concluido que los hechos infrecuentes, relevantes, así como los que implican emocionalmente, tienden a recordarse mejor [48].

Pero no obstante, se presenta el problema de las memorias traumáticas, dado que varía entre los autores la confianza que se le atribuye a los relatos

---

35 *Ibid.*, p. 73.
36 *Ibid.*, p. 75.
37 Por todos, IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, cit., p. 53.
38 MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 105 y 126.
39 *Ibid.*, p. 97.
40 *Ibid.*, p. 105.
41 *Ibid.*, p. 111.
42 *Ibid.*, p. 83.
43 Hablando del hecho con otros testigos, o incluso escuchando la historia en los medios de comunicación, por ejemplo. *Vid.* IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, cit., p. 59.
44 Y se ha demostrado que la tendencia a generar esos recuerdos falsos varía de persona a persona, y se relaciona con un haz de sustancia blanca llamado «fascículo longitudinal superior», que conecta estructuras fronto-parietales. *Vid.* L. FUENTEMILLA, E. CÁMARA, T. F. MÜNTE, U. M. KRAMER, T. CUNILLERA, J. MARCO-PALLARES, C. TEMPELMANN y A. RODRÍGUEZ-FORNELLS, «Individual Differences in True and False Memory Retrieval are related to White Matter Brain Microstructure», *Journal of Neuroscience,* julio 2009; 29, pp. 8698 y ss.
45 MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 84.
46 *Ibid.*, p. 88.
47 *Ibid.*, pp. 92-93.
48 *Ibid.*, p. 93.

de alguien que ha padecido un acontecimiento muy desagradable. Y la experimentación en este campo no es nada fácil por evidentes razones éticas [49]. En todo caso, parece que el estrés generado por la violencia perjudica la calidad del recuerdo [50].

Visto todo lo anterior, bien pudiera concluirse que la memoria es muy poco fiable. Y que es poco menos que un sarcasmo pretender que pueda ser eficaz, por ejemplo, la declaración de testigos de los hechos al cabo del mucho tiempo que suele tardar en celebrarse un proceso judicial. Y también es fácil concluir que puede ser muy complicado comprobar que un testigo miente, puesto que hasta es posible que haya falseado la realidad sin tener voluntad alguna de mentir, es decir, que declare convencido de que está diciendo la verdad, cuando en realidad no es así.

Sin embargo, las huellas de la memoria están ahí, y no podemos actuar en el proceso como si no existieran. Pero sí tenemos que conocer sus limitaciones a fin de poderlas controlar debidamente, y por ello he procurado exponerlas. Justo a este control, que tanto juristas como psicólogos conocemos con el nombre de credibilidad, dedicaré los siguientes epígrafes, que hubiera sido imposible construir sin conocer previamente este importante aspecto de la falibilidad de los seres humanos.

C) La valoración de la credibilidad

Visto lo anterior, es necesario reducir a aspectos concretos los puntos que afectan a la credibilidad de una persona, a fin de que sean observables por el juez en su valoración, y puedan ser revisados en ulteriores instancias si es necesario.

Debo advertir expresamente de que no puede esperarse encontrar en las líneas que siguen una piedra filosofal de la credibilidad. No existen métodos mágicos para averiguar la credibilidad de las personas. A estos efectos no funciona debidamente la hipnosis, ni la observación de la dilatación pupilar [51], ni los diferentes sueros de la verdad ni tampoco las llamadas máquinas de la verdad (los polígrafos), que han probado reiteradamente su ineficacia porque no siempre la mentira se relaciona con la ansiedad y las reacciones físicas inherentes a ella [52], pese a que no son pocos los que siguen creyendo en la fiabilidad de todos esos medios. Es decir, no es sólo que muchos de estos métodos no sean éticos, sino que simplemente no funcionan [53].

---

[49] Ibabe Erostarbe, *Psicología del testimonio*, cit., p. 37. Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 94.

[50] Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 113.

[51] *Ibid.,* p. 193.

[52] *Ibid.,* pp. 189 y ss.

[53] Sobre los medios citados y algunos otros más que hacen pensar que algún día la afirmación realizada en el texto principal pudiera cambiar, J. Masip, A. Gernán y C Herrero, «Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal», en AAVV (coord. Garrido, Masip y Herrero), *Psicología jurídica,* Madrid, 2008, pp. 475 y ss.

Sin embargo, sí que puede valorarse mucho mejor esa credibilidad cuando se conoce con precisión qué circunstancias afectaron a una persona cuando tuvo la percepción por la que declara, qué variables afectan a ese sujeto en el momento de su declaración, cómo le pueden influir, y cómo interpretar lo que diga en función de los datos que ofreceré a continuación.

No se conseguirá con ello erradicar la mentira de los tribunales, pero sí que será posible, por fin, acreditar en mayor medida que una persona ha mentido, no por la mayor o menor confianza inmotivada —e inmotivable— que ofrezca al tribunal, sino por razones absolutamente racionales, que de hecho es lo que siempre ha deseado el legislador al remitir a las reglas de la «sana» crítica. Y no que los tribunales se escudasen en su «inmediación» para ocultar, en realidad, las razones por las que han valorado de un modo u otro una declaración.

a) *Circunstancias de estricta índole técnico-psicológica. La valoración de las emociones del declarante*

Como dice MANZANERO [54], en materia de psicología del testimonio se dio un salto cualitativo cuando se pasó de valorar la credibilidad del testigo, a examinar la credibilidad del testimonio. Es decir, cuando se dejó de dar tanta importancia a los aspectos conductuales del declarante [55], que son curiosamente los que siguen teniendo más en cuenta los jueces y, de hecho, cualquier observador [56].

Y es que esos factores no son, en realidad, controlables para un juez, básicamente porque pueden estar basados en mera retórica, es decir, en una actuación fenomenal del declarante que consiga engañar a todos. Por otra parte, no todas las personas son igual de expresivas. Hay sujetos con dificultades gestuales importantes que involuntariamente no «actúan» en coherencia con lo que están diciendo, y por ello no resultan creíbles a ojos de la sociedad por muy veraz y coherente que sea lo que están afirmando. No son buenos actores, y si tenemos que juzgarles por su conducta, nadie les creerá. De ahí lo sumamente peligroso de guiarse por criterios como la «firmeza» de la declaración, o si el testigo perdía la fijeza de la mirada [57], o sudaba, o suspiraba o gesticulaba mucho, o titubeaba, o miraba hacia aquí o hacia allá, etc. Todo ello puede ser absolutamente desorientador y, por ello, es mejor no tenerlo en cuenta en un examen plenamente objetivo [58].

Con todo, la actitud del declarante es muy importante, en general, para cualquier observador. Abundante jurisprudencia, y hasta cualquier persona

---

[54] MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 177.

[55] Que tanto fascinan al público en general. *Vid.* DIMITRIUS y MAZZARELLA, *A primera vista*, cit., pp. 137 y ss., cuando en su libro afirman, por ejemplo: «No es lo que dices, sino cómo lo dices: aprender a escuchar más allá de las palabras».

[56] *Vid.*, por todos, F. GASCÓN INCHAUSTI, *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Valencia, 1999, p. 92.

[57] MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 196-197.

[58] Cfr. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 345.

intuitivamente, confunde la confianza o firmeza que expresa el declarante con la exactitud de su declaración [59] cuando está sobradamente demostrado desde el punto de vista experimental que ello no es así [60]. La razón es que suele resultar muy fácil para casi cualquier persona observar que un sujeto está nervioso, y por ello se tiende a pensar de la forma ya indicada, sin tener en cuenta que el nerviosismo del declarante puede no afectar en absoluto a la exactitud de la declaración. Benton, Ross, E. Bradshaw, Thomas y G. S. Bradshaw [61] demostraron que el 60 por 100 de los abogados y jueces, y el 84 por 100 de los jurados, discrepaban del parecer de los expertos en psicología del testimonio en este particular. Por otra parte, en general se tiende a pensar que los errores del declarante se deben a una falta de sinceridad, sin darse cuenta de que esas inexactitudes muchas veces son atribuibles simplemente a comunes fallos memorísticos.

Además, se ha demostrado también una gran incidencia entre los jueces del heurístico de la representatividad [62]. Es decir, que valoran en gran medida la actitud del declarante según lo que recuerdan de otros declarantes en casos anteriores que han juzgado. De hecho, estudios relativamente recientes [63] todavía intentan evaluar las expresiones faciales a fin de averiguar la existencia de mentiras, teniendo en cuenta tres factores: la duración de la expresión (si se congela más de 10 segundos sería expresiva de falsedad), la falta de coherencia entre lo declarado y la expresión facial, así como la llamada asimetría facial, si la expresión de la cara es más acusada en un lado que en otro [64]. También se ha intentado evaluar la voz y sus titubeos [65].

Pero nada de ello parece ser concluyente puesto que, en el fondo, toda esta investigación se basa en que el esfuerzo cognitivo para mentir es superior que aquel que se utiliza cuando se manifiesta la verdad, cuando esto no siempre es así. Es posible que el sujeto tenga problemas para recordar lo que vio, y ello le llevará también a realizar un esfuerzo cognitivo que hará que desvíe la mirada, cambie la cara, titubee, etc. Es decir, que lo auténticamente cierto, como ya se dijo en un principio, es que no existen los detectores de mentiras, ni mecánicos ni intuitivos. Y el problema, además, es que cualquier persona tiende a sobrevalorar enormemente su capacidad de detectar la mentira, sobreestimación que afecta muy especialmente a los profesionales de la justicia en general. Y la verdad es que, como ya dije, las personas suelen utilizar intuiciones simplemente sociológicas para detectar los em-

[59] Ibabe Erostarbe, *Psicología del testimonio*, cit., p. 109.

[60] *Ibid.*, pp. 109 y ss. Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 181.

[61] T. R. Benton, E. Ross, Th. Bradshaw y G. S. Bradshaw, «Eyewitness memory is still not common sense: comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts», *Applied Cognitive Psychology,* núm. 20, pp. 115 y ss.

[62] Aunque no con esta terminología, Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 182, refiriendo el estudio de R. Hastie, *Lessons from legal decision making about small group and individual decision making*, III Congreso Nacional de Psicología Social, Santiago de Compostela, 1990.

[63] P. Eckman, «Facial expression of emotion; new findings, new questions», *Psychological Science,* núm. 3, pp. 34 y ss.

[64] El estudio está referido por Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 196.

[65] Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 197.

bustes, intuiciones que se han demostrado claramente erróneas en multitud de estudios [66].

No obstante, tampoco hay que despreciar completamente estos datos conductuales [67]. En algunas ocasiones, como sucede con las personas con problemas cognitivos (por ejemplo, algunos ancianos o la mayoría de menores de edad), es posible que ante la dificultad de elaborar un relato coherente por parte de estas personas, lo único que podamos valorar realmente sean estos extremos. Y que, además, la valoración errónea de esos datos lleve a conclusiones que no se ajusten a la realidad. Sin embargo, entiendo que estas circunstancias conductuales están demasiado lejos de lo que podría valorar un jurista por su formación. Por ello, en estos casos, la valoración de estas circunstancias debe ir a cargo de un perito en la materia, es decir, de un psicólogo especializado en la interpretación de declaraciones. Sus reflexiones tampoco serán cien por cien concluyentes, pero al menos, dado su carácter de expertos en la materia, tienen muchas más posibilidades de coincidir con la realidad que si ese dictamen lo realiza exclusivamente un jurista, que carece de toda formación en la materia. Es por ello que, en esta medida, la ayuda de un perito psicólogo será fundamental para valorar esos detalles conductuales que, en otro caso, al no ser realmente motivables con conocimiento de causa, es mejor que queden al margen de la expresión de la convicción del juez en la sentencia, lo que supone, lógicamente, desterrarlos de la valoración en la medida ya indicada.

b) *Circunstancias controlables por un juez*

Por tanto, parece que, realmente, la única posibilidad de descubrir las falsedades en una declaración es analizar esa misma declaración de manera objetiva, y no someter a un examen a la persona del declarante [68]. Examen para el que, además, el juez no tiene la más mínima formación.

En el fondo, entrando en un plano más jurídico, es lógico que sea así. Valorar a la persona del declarante es lo que, ejerciendo prácticamente de aprendices de brujo, han hecho casi desde siempre los juristas [69], incurriendo en multitud de errores derivados muchas veces de los prejuicios existentes en cada época. Las causas de ello son, en el fondo, fáciles de descubrir. Como afirma de modo muy claro GIGERENZER [70] al explicar los juicios morales, existe una acusada tendencia en los seres humanos a imitar lo que hacen los

[66] *Ibid.*, p. 199.

[67] De hecho, una parte de la doctrina psicológica los sigue teniendo en cuenta, abundando en ellos y en mecanismos teóricamente objetivos para su control, como el polígrafo. *Vid.* IBÁÑEZ PEINADO, *Psicología e investigación criminal: el testimonio*, Madrid, 2009, pp. 295 y ss.

[68] SCHNEIDER, *Beweis*, cit., pp. 211-212.

[69] DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, cit., t. 2, p. 238: «El juez debe oír al testigo con agrado y mansedumbre y mirándole a la cara, pues el semblante puede a veces conocer la sinceridad ó la falsedad de su deposición (...)».

[70] GIGERENZER, *Decisiones intuitivas*, cit., p. 212: «HAZ LO QUE HAGAN LA MAYORÍA DE TUS IGUALES O PERSONAS AFINES. Esta sencilla regla orienta la conducta a través de diversos estados de desarrollo, desde la infancia intermedia hasta la adolescencia y la vida adulta. Prácti-

demás para no ser excluidos del grupo. Ello se explica fácilmente, como indiqué anteriormente, por la lógica necesidad adaptativa del ser humano. Pues bien, como ya dije, lo más sencillo es observar externamente a las personas tratando de escudriñar en sus gestos, su vestimenta, su raza, etc., haciendo juicios de valor generalistas, basados en el heurístico de la representatividad. Lo más difícil, realmente, es escuchar lo que dicen sin esos prejuicios. Fijémonos en que, como vimos en la parte histórica, ese tipo de conciencia social es la que llevó a la introducción de la prueba legal en la valoración de las declaraciones testificales, a fin de centrar en una ley los prejuicios que estaban admitidos, excluyendo a varias personas de la posibilidad de prestar testimonio. Y el lógico fracaso de esa orientación fue lo que llevó a la corrupción absoluta del sistema legal de valoración, puesto que finalmente ni siquiera se valoraba eso en un testigo, sino simplemente el número de los que trajera cada parte.

Por tanto, es obvio que no puede seguirse insistiendo en esas circunstancias, por fiables que puedan parecer. Vamos a ver a continuación los datos objetivos que suelen tener más en cuenta los psicólogos del testimonio y que, debidamente aprehendidos, pueden ser utilizados por un juez, puesto que es claramente inviable que en cada proceso deba existir una prueba pericial para valorar a los testigos.

Antes de ello debo advertir, no obstante, de que no existe un único modelo psicológico para valorar la credibilidad, sino que los distintos autores han propuesto pautas con diferentes datos a tener en cuenta [71]. Lo que voy a exponer a continuación no es un modelo nuevo, ni muchísimo menos, que en absoluto estoy legitimado para confeccionar. Simplemente he ido escogiendo los datos que coinciden entre los diferentes modelos que propone la psicología del testimonio, y entre ellos he realizado una segunda selección eligiendo aquellos puntos que sí pueden ser valorados por un jurista, de forma que su juicio sea motivable en una sentencia con pleno conocimiento de causa. Desde luego, lo ideal sería que el jurista pudiera también tener la formación necesaria en psicología, como ya anuncié líneas atrás, y más en este caso en que el objeto de estudio es tan sumamente útil y frecuente en su labor cotidiana. Pero hay que reconocer que ello es difícilmente realizable en mayor medida a lo expuesto hasta el momento en esta obra.

1) *La coherencia de los relatos*

Que el relato tenga una buena estructuración desde un punto de vista lógico, ha sido algo especialmente apreciado por los tribunales hasta el momento. En concreto, el Tribunal Supremo, en su jurisprudencia sobre el único testigo-víctima [72], recoge en parte este dato como uno de los criterios para

---

camente garantiza la aceptación social en el grupo de iguales y la conformidad con la ética de la comunidad. Violarla podría significar que le llamaran a uno cobarde o excéntrico».

[71] *Vid.* ampliamente, MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 201 y ss.

[72] *Vid.* entre otras muchas, STS 18-1-2006, núm. rec. 804/2005, FD 2.º.

valorar la credibilidad de dicho testigo. Se exige en esos casos una «persistencia en la incriminación», es decir, que su testimonio no tenga contradicciones.

Esa misma ausencia de contradicciones puede ser exigida, de hecho, a cualquier otro declarante. A la hora de analizar la declaración de cualquier persona, una de las características que pueden resultar más útiles para valorar su veracidad es, precisamente, que no sea contradictoria. De modo que si la declaración no contiene puntos que sean incompatibles entre sí, puede pasar con más facilidad por ser creíble. Y sin embargo, cuando unas declaraciones contrastan con las otras del mismo sujeto, existe la evidencia de que algo está fallando en esa declaración. Ello puede ser controlado con cierta facilidad por un jurista, y lo cierto es que suele dar resultados que, con frecuencia, suelen ser vistos como satisfactorios por la mayoría de observadores.

Ahora bien, que la persona exprese un relato coherente no es sinónimo automático de veracidad, ni mucho menos. Existen dos datos que expone la doctrina psicológica que, verdaderamente, pueden dejar desarmado a cualquier jurista. En primer lugar, está plenamente demostrado [73] que lo que se llaman «desacuerdos intrasujeto», es decir, que un sujeto se contradiga, no equivalen automáticamente a que el declarante haya dicho una mentira. Si recordamos cuanto se dijo en el epígrafe dedicado a la memoria, se verá perfectamente que los sujetos tienden a distorsionar sus recuerdos con el paso del tiempo, por lo que es perfectamente posible que simplemente recuerden mal las distintas informaciones, no habiendo tomado conciencia de que unos y otros recuerdos no son conciliables entre sí.

Y por otra parte, también es una conclusión bastante consolidada que «los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica» [74]. De manera que si el testimonio de un declarante tiene esas características, lo que abonaría su completa coherencia, tiene muchas posibilidades de ser falso, porque lo más probable es que se haya preparado su declaración para exponerla en el momento del juicio. Para entendernos, su declaración es demasiado perfecta desde el punto de vista formal como para ser auténtica y, sobre todo, espontánea. Pero también es cierto que hay personas que se preparan su declaración, perfectamente veraz, para exponerla de la mejor forma ante el tribunal, con absoluta buena fe. Y en esos casos el testimonio habría de ser creíble, incluso cuando contenga falsas coherencias producto de la reconstrucción y reinterpretación de los recuerdos por parte del propio sujeto, como efecto del paso del tiempo.

Teniendo en cuenta estos datos, la coherencia de una declaración no es un dato a tener en cuenta, por sí solo, a la hora de valorar su credibilidad, ni siquiera en manos de un experto. Pero ello no quiere decir que sea un dato inútil, todo lo contrario. Como dije, es un aspecto fácilmente valorable por un juez, eso sí, analizando con paciencia y en conjunto cada declaración,

---

73 MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 181.
74 *Ibid.*, p. 208.

reconstruyendo un esquema de lo que el declarante ha manifestado. Sólo de ese modo es posible detectar las contradicciones.

Si la falta de coherencia existe, lo único que tiene que hacer el juez, de momento, es señalar en qué dato se centra esa falta de coherencia. Y tras ello valorar las posibles hipótesis de las causas de esa inconsistencia. Para ello será necesario entrar en el resto de apartados que expondré en los epígrafes siguientes.

Si, por el contrario, el relato es perfectamente coherente, no hay por qué afirmar o descartar su veracidad mecánicamente de entrada. En toda esta materia los automatismos son muy desaconsejables, por lo que lo más sensato es simplemente anotar el dato de que, efectivamente, el relato era perfectamente coherente y, tras ello, pasar al resto de apartados a fin de, nuevamente, investigar si puede existir alguna causa medianamente objetiva de tanta coherencia. Porque lo cierto es que, teniendo en cuenta el funcionamiento de la memoria de las personas, los relatos, como ya dije, difícilmente pueden ser perfectos [75].

2) *La contextualización del relato*

Uno de los aspectos que quizás menos valoran en realidad los juristas, pero que más tienen en cuenta los psicólogos [76], es que el relato que realice el declarante esté contextualizado, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en el que se habrían desarrollado los hechos del relato. Es algo que las personas corrientes suelen tener en cuenta de manera intuitiva a la hora de valorar la credibilidad de un sujeto, pero no es un dato que, normalmente, sea objeto de las motivaciones de las sentencias.

Pero, de hecho, éste es un aspecto importante que incluso puede ser tenido asimismo en cuenta cuando declara un perito, puesto que en el fondo lo que suele hacer uno de estos profesionales, en muchos casos, es reconstruir los hechos tal y como pudieron tener lugar, en función del resultado peritado, para lo cual es imprescindible la descripción de un contexto. Incluso cuando declaran por algo tan pretendidamente objetivo como el precio de un inmueble, puede ser un indicativo de credibilidad el hecho de que mencionen en su peritaje otras valoraciones que se hayan realizado sobre fincas similares, o que citen datos muy concretos de la finca, demostrando con ello que, efectivamente, la han analizado con detalle para poder peritarla.

La contextualización consiste, por tanto, en que el declarante describa datos del ambiente vital, espacial o temporal en el que los hechos tuvieron lugar, de manera que lo que declare se inscriba fácilmente en dicho ambiente, aunque lo ocurrido sea sorprendente. Es decir, es un indicio de verosimilitud el hecho de que la persona recuerde qué hizo antes o después del

[75] Como afirman R. Bender, A. Nack y W.-D. Treuer, *Tatsachenfeststellung vor Gericht,* München, 2007, p. 3: «Die völlig fehlerfreie Aussage vor Gericht ist eher die Ausnahme als die Regel».

[76] Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 204-205.

hecho, o qué estaba escuchando, o qué programa de televisión estaba viendo, o simplemente que informe de la temperatura o luminosidad del lugar en el que sucedieron los hechos. Todo ello ya vimos que podía ser también distorsionado por la memoria, pero ciertamente, si esos hechos ambientales son plausibles y los mismos son declarados de forma claramente espontánea por el sujeto, suele valorarse que es difícil que esté mintiendo.

No obstante, ya se expuso que la importancia de la recuperación del «contexto cognitivo» del recuerdo era discutida, aunque existieran varios estudios que confirmaban su relevancia en la recuperación de la huella de la memoria. Por consiguiente, el dato de la contextualización del recuerdo, nuevamente, no es más que otro aspecto de la declaración del sujeto, que habrá que anotar para valorar conjuntamente con el anterior y los siguientes que se están examinando. Además, el hecho de que el declarante describa las circunstancias del lugar en el que sucedieron los hechos, puede ayudar a valorar otros datos de la situación, como por ejemplo la visibilidad que podía tener el testigo, importante en el proceso penal. O bien la existencia de vicios del consentimiento, por ejemplo, en el proceso civil, si un testigo describe el modo de andar o de mirar de un otorgante que padeciera una enfermedad mental incapacitante en el momento de la suscripción del negocio jurídico.

En todo caso, este dato de la contextualización también puede ser tenido en cuenta por un juez en su motivación. Pese a que, como señalé, las personas suelen valorar como creíbles las manifestaciones del declarante que relata detalles del ambiente en que sucedieron los hechos, no es nada intuitivo decir expresamente en una motivación que dicho declarante recordó los detalles del lugar en que sucedieron los hechos, y que no habiéndose demostrado que dichos detalles fueran falsos y, además, habiendo sido expresados de manera espontánea por el declarante, su deposición tiene más visos de ser creíble. Por tanto, esas declaraciones del deponente añaden más elementos de juicio para valorar, nuevamente, la coherencia de su relato y, a su vez, para comprobar si dicho relato coincide con el que realizaron otros sujetos, como vamos a ver a continuación. Por consiguiente, a la hora de exponer en la sentencia la credibilidad que el declarante merece al juez, debería resultar imprescindible que se hiciera referencia al hecho de si dicho declarante contextualizó o no sus afirmaciones. Pero no como elemento dirimente de la credibilidad, sino simplemente como un dato objetivo más a valorar.

3) *Las llamadas «corroboraciones periféricas»*

A diferencia del anterior, éste es uno de los puntos que los juristas más han tenido en cuenta a la hora de valorar la credibilidad de las declaraciones, y además desde muy antiguo. La máxima *testis unus testis nullus* que fue referida anteriormente, precisamente se basaba en el contenido de cuanto se va a exponer aquí. Es decir, que el relato de un declarante se viera corroborado por otros datos que, indirectamente, acreditan la veracidad de la declaración. En el caso indicado de la antigua máxima, por el hecho de que dos o más testigos declararan lo mismo que el imputado, por ejemplo.

Eso es justamente lo que algunos psicólogos denominan «acuerdo intersujeto» [77], es decir, que coincidan las diferentes declaraciones que varios sujetos realicen sobre un mismo hecho. Pero las corroboraciones no tienen que venir siempre de personas, sino de hechos que sucedieran al mismo tiempo que el hecho principal que se está enjuiciando. Por ejemplo, en una agresión sexual, la mención de un hecho repentino que la interrumpió [78], como por ejemplo que se oyó el sonido de una puerta, si luego efectivamente aparece la persona que abrió esa puerta y confirma el hecho en ese mismo espacio y tiempo, puede ser un dato a tener muy en cuenta para señalar la verosimilitud de lo que se está diciendo.

Puede tratarse también de otros hechos que tengan que ver más directamente con lo enjuiciado en sí. Por ejemplo, el hecho de disponer de varios recibos periódicos de pago, aunque no se posean de todos los que acreditarían no ser debida la totalidad de la cantidad reclamada, es un buen indicio de que, efectivamente, es cierto lo que dice el demandado en cuanto a que pagó la deuda. Como ejemplos se podrían poner cualquiera de los hechos-base que describe cualquier tratado de indicios porque, de hecho, de lo que se trata con este criterio es de que se construyan presunciones que acrediten el hecho presunto, es decir, el hecho sobre el que se declara y cuya veracidad está siendo puesta en cuestión. Naturalmente, no se tratará de pruebas directas, porque raramente las presunciones configuran este tipo de pruebas, pero todas ellas sí que permitirán construir un buen elenco de indicios que sirva como fundamento para construir la presunción deseada.

Por eso este criterio ha sido bastante utilizado por los juristas, simplemente porque permite reducir lo que se busca a algo que tiene pleno significado en la mente de un procesalista: la presunción. Y es la razón por la cual se denomina también a este modo de razonar «prueba circunstancial», porque de hecho lo que se busca es que se expresen las circunstancias en que sucedió todo, circunstancias que, en realidad, debían acompañar al hecho para que realmente pudiera suceder.

Con todo, este criterio posee riesgos evidentes. En primer lugar, en cuanto a lo subjetivo, el hecho de que los diferentes testimonios de varios declarantes no coincidan en estas circunstancias periféricas, no quiere decir que todos ellos mientan, y ni siquiera que mienta alguno de ellos, sino que recuerdan los hechos de modo distinto, como consecuencia del funcionamiento de la memoria al que ya me he referido anteriormente [79]. En segundo lugar, el hecho de que todos los testigos coincidan en este punto tampoco tiene por qué ser indicativo de verosimilitud. Al contrario, incluso sin mala fe de los declarantes acordando su testimonio, dependiendo de la manera en la que se haya hecho declarar a los diferentes sujetos —tema del que me ocuparé después—, es posible que se haya inducido en todo un conjunto de declarantes una historia errónea que pase por ser auténtica [80]. Y en tercer lugar, también

[77] *Ibid.,* p. 180.
[78] *Ibid.,* p. 205.
[79] *Ibid.,* p. 181.
[80] Advierte de este riesgo Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 183.

es posible que las corroboraciones periféricas eviten darle importancia a la prueba del hecho principal, quedando indemostrado [81]. Es decir, es factible que a los efectos de localizar la prueba de si una persona tuvo lesiones como consecuencia de un accidente de motocicleta, nos centremos en si el fabricante del vehículo utilizó la diligencia necesaria en su construcción, en si la carretera estaba en mal estado, en si el historial del accidentado era de un buen conductor o tenía antecedentes de imprudencia, etc. Pero acabemos olvidando la prueba directa de si el lesionado lo fue como consecuencia de ese accidente.

Por ello, nuevamente, y perdón por la necesaria reiteración, las corroboraciones periféricas son otro dato a tener en cuenta en la valoración de la declaración, porque también puede el juez incluir la existencia de dichas corroboraciones en su motivación. Es decir, puede llevar a cabo una actividad que, por desgracia, no se ve en tantas sentencias: la explicación del mecanismo lógico de elaboración de las presunciones. El juez tiene que exponer la existencia del dato apuntado como corroboración, y a partir del mismo debe explicar por qué dicho dato ha de ser corroborador. No se puede dejar a la imaginación del lector de la sentencia ese extremo, sino que si para un juez un indicio es indicador de la existencia de un hecho, debe justificar por qué lo cree así para que su razonamiento pueda ser revisado.

Y ésa es justamente la utilidad de las corroboraciones periféricas. Que el juez manifieste por qué cree que tres testigos que declararon de forma concorde son o no creíbles, para lo que también tendrá que acudir, entre otros, a los criterios apuntados en los epígrafes anteriores. O bien que justifique por qué es posible que una persona haya perdido una parte de la documentación fundamentadora de su derecho, simplemente porque cuando más cuantiosa y reiterativa es la documentación, más facilidades existen para que una persona, que no piensa que guardarla es útil, la pierda, simplemente porque confíe en que ese negocio jurídico nunca le va a dar problemas. Al respecto podría preguntarse en este momento al propio lector si guarda, por ejemplo, sus facturas mensuales de teléfono, una vez comprobada someramente su exactitud.

En conclusión, esos datos periféricos pueden ser de gran utilidad, pero siempre y cuando no hayan sido inducidos en los testigos en la manera que después describiré y, además, el juez motive debidamente por qué deben ser tomados en cuenta.

4) *La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante*

Esta circunstancia es de apreciación bastante más compleja. Tiene algo que ver con el primer criterio señalado, aunque lo dispongo lejos del mismo para que no sea confundido y, consecuentemente, no se vea solapado. Con-

---

[81] Es lo que ocurre, aunque no siempre con malas consecuencias, en la llamada en Alemania «prueba de la apariencia». *Vid.* O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, Manchen, 2007, p. 166. ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, p. 769.

siste en que el declarante haga referencia a datos, normalmente innecesarios, que pretendan beneficiar a una de las opciones que se están debatiendo en el proceso, o incluso al propio declarante. Estas declaraciones, como digo, suelen no venir a cuento y, por ello, son consideradas oportunistas.

Se trata de manifestaciones sobre el carácter o la intencionalidad de una de las partes, o bien de justificaciones de las propias actuaciones —o de la persona que se pretende beneficiar— que van más allá de lo que se le haya podido preguntar al declarante. Y dicho declarante las manifiesta, no tanto para infundir credibilidad a su declaración, sino de forma que los hechos sobre los que declara se interpreten a favor de quien desea beneficiar. Evidentemente, una actuación semejante es innecesaria si la declaración es veraz, o es falsa y con ella se pretende ayudar, como digo, a una de las partes o bien verse beneficiado el propio testigo. Pero el hecho de que se realicen estas declaraciones es indicativo de falsedad, o al menos de pérdida de objetividad que, ciertamente, puede conducir a la falsedad.

Este tipo de comentarios de los declarantes también han sido tenidos en cuenta por el Derecho, pero de manera algo tosca. Se ha excluido, en otras épocas, el testimonio de familiares o de personas que pudieran verse influidas emocionalmente en su testimonio y que, por ello, pudieran pretender beneficiar a alguien, muchas veces con comentarios del tipo que se está analizando. Se ha propiciado la existencia de tachas, que todavía existen en nuestro ordenamiento aunque sin la eficacia de antaño. Y en todo caso, siempre se ha dicho que el parentesco, la amistad íntima, etc., son circunstancias que el juez debe tener en cuenta a la hora de valorar el testimonio.

Pues bien, para evitar la siempre indeseable exclusión de un medio de prueba cuya obtención no sea ilícita, estimo que un indicativo evidente de la falta de objetividad del declarante puede ser el hecho de que realice este tipo de comentarios oportunistas. Pero no en el sentido de que sólo a partir de ese momento se deba tener realmente en cuenta la posible falta de objetividad del declarante, porque el hecho de que un declarante sea familiar, amigo, tenga interés en la causa, etc., debe ser tenido en cuenta desde el principio incluso para excluirle del proceso, como ocurre en el caso de los peritos [82].

Por el contrario, entiendo que debe tomarse nota de estos comentarios para que, de nuevo en la motivación, el juez pueda justificar por qué no creyó a uno de estos testigos tachados, por ejemplo. O por qué no le merece crédito la declaración de una parte, que por naturaleza se supone interesada, frente al testimonio teóricamente imparcial de un testigo. Si el litigante exhibe comentarios autoexculpatorios o que intentan legitimar su actuación, es posible que esté mintiendo, sobre todo si esos comentarios los realiza después de haber negado los hechos. Son comentarios del estilo «todo el mundo lo hace», o un «buen empresario a veces tiene que tomar decisiones arriesgadas», o «era un chico tranquilo y pacífico», etc. Son valoraciones del declarante, que es muy posible que nadie le pida, pero que él expresa, con frecuencia de modo inconsciente, para tratar de legitimar su posición si nadie le cree.

---

[82] Arts. 124 y ss. de la LEC.

Todo ello también es lo suficientemente objetivo como para que sea observable y valorable por un jurista. Y por ello, junto con los tres criterios anteriores, el presente también debe ser objeto de análisis por parte del juez a la hora de dictar su sentencia.

D) La técnica del interrogatorio en las declaraciones de personas

En las pruebas que estamos considerando, una de las cuestiones que más afecta a la credibilidad, y que sorprendentemente más se suele pasar por alto en la práctica, es la forma de realizar el interrogatorio. Ello es debido a que los juristas no son formados en este ámbito durante sus estudios de Derecho y, por ello, no suelen prestar excesiva atención al tema. Sin embargo, las leyes excluyen acertadamente las preguntas capciosas, las sugestivas, las impertinentes, los cargos y las reconvenciones [83]. E incluso en algunos casos se recomienda, no la forma interrogativa, sino la narrativa para tomar declaración a un testigo, como ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Criminal [84].

Y sin embargo, en la práctica, se escuchan constantemente preguntas capciosas. Por supuesto, también preguntas impertinentes. Se formulan cargos y se realizan frecuentes reconvenciones. Y, por descontado, se abusa de la forma interrogativa y se prescinde por completo de un cierto esquema lógico en la formulación de preguntas. Y naturalmente, se realizan preguntas sugestivas, tanto en la acepción que tradicionalmente le ha dado la doctrina jurídica a esa palabra [85], como en la que recoge el Diccionario de la Real Academia, en el sentido de que sean preguntas que sugieran una emoción [86]. Es decir, que sean preguntas que traten de infundir temor en el declarante, o bien incluso una falsa tranquilidad para sorprender con la pregunta comprometida cuando menos lo espere el declarante. Esas preguntas son utilísimas en la declaración de personas, aunque asunto distinto es que sean jurídicamente lícitas.

No obstante, en general no se detectan excesivas protestas de los abogados en la práctica de los interrogatorios, al menos en el proceso civil, pese a que tal protesta está prevista legalmente [87]. En el proceso penal tampoco son muy frecuentes. Y sin embargo, esas protestas, a la vista de lo que se observa en la práctica, deberían producirse en mayor medida. Sin embargo, existe un cierto temor reverencial a realizarlas, como si con las mismas sólo se preten-

[83] A pesar de existir una tendencia entre no pocos juristas a su admisión. *Vid.* MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 338. J. VERGER GRAU, «Un interrogatorio cruzado y mágico», *Justicia,* 2000, núm. 1, p. 7. J. VERGER GRAU, «La Ley del jurado: problemas de aplicación práctica», *Estudios de Derecho Judicial,* núm. 45, Madrid, 2003, p. 1049. GASCÓN INCHAUSTI, *El control de la fiabilidad probatoria*, cit., p. 94. En sentido contrario, TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 159.

[84] **Art. 436.** (...) El juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.

[85] Preguntas que sugieran la respuesta. *Vid.* C. J. A. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal* (trad. de «Die Lehre von Beweise im Deutschen Strafprozesse, 1834»), Madrid, 2004, pp. 234-236.

[86] Sugestivo, va. 2. Adj. Que suscita emoción.

[87] Arts. 306.3 y 369 de la LEC.

diera entorpecer el proceso. Al contrario, es fundamental que esas preguntas pasen el tamiz de esas impugnaciones, sobre todo si el juez permanece pasivo ante la formulación de las mismas, que es lo que con frecuencia sucede.

El tema de la técnica del interrogatorio no atañe directamente a la valoración, por lo que no voy a profundizar en el mismo [88]. Pero sin embargo, sí es necesario advertir de hasta qué punto un interrogatorio mal ejecutado puede entorpecer la valoración de la credibilidad de las personas.

a) *La técnica interrogativa*

Es, con diferencia, la técnica más utilizada en la práctica. Los letrados suelen llevar, más o menos preparado, un listado de cuestiones que quieren formular al declarante. Dichas cuestiones a veces son efectuadas en forma de pregunta, y en otras ocasiones, las más, a modo de reflexión sobre la que se desea que el declarante prácticamente emita una opinión, o bien incluso reproduciendo supuestos trozos de la realidad, preguntándole al declarante si los recuerda.

En todo caso, esta técnica es considerada peligrosa por la doctrina psicológica, que aunque la utiliza, advierte de sus riesgos en cuanto que a través de la pregunta se puede estar introduciendo información para el declarante, lo que propicia que cometa los llamados «errores de comisión» [89], es decir, que el declarante introduzca en sus respuestas falsos recuerdos propiciados por la información que le aportó la pregunta. Y es que, según vimos anteriormente, dicho declarante puede asumir inconscientemente esa información como propia, mezclándola en su memoria, de manera que distorsione sus recuerdos de la manera querida por el interrogador. Ello es especialmente sencillo en el estilo de preguntas más frecuentes en los tribunales españoles, es decir, aquellas que, como acabo de decir, expresan una reflexión o reproducen un pedazo de la supuesta realidad.

De hecho, aunque con diferentes métodos, un interrogatorio practicado en esos términos acaba teniendo el mismo efecto que la tortura. El interrogado no declara la verdad de lo que sabe, sino simplemente aquello que quiere oír el interrogador. A través de la tortura la mecánica es salvaje, y a través de un interrogatorio que aporta información al declarante, la mecánica es sutil, pero puede tener el peligrosísimo efecto de que el declarante acabe creyendo cierto aquello sobre lo que ha declarado, cosa que, por cierto, no ocurre jamás con la tortura, lo cual hace que este método de interrogación sea no violento, pero desde luego sibilino.

Un interrogatorio practicado en estos términos impide la debida valoración y posterior motivación de esta prueba. El juez, si no ha sido lo sufi-

---

[88] *Vid.* ampliamente J. Masip y E. Garrido, «La obtención de información mediante el interrogatorio del sospechoso», en AAVV (coord. Garrido, Masip y Herrero), *Psicología jurídica,* Madrid, 2008, pp. 339 y ss., y E. Garrido y J. Masip, *La obtención de información mediante entrevistas*, en *op. cit.,* pp. 381 y ss.

[89] Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 137.

cientemente hábil evitando la formulación de ese tipo de preguntas —y no siempre es fácil serlo—, a la hora de valorar se encontrará con unas respuestas condicionadas por el interrogador, es decir, con una realidad ficticia creada por un letrado o fiscal hábiles. Ello bien podría servirle para rechazar la eficacia probatoria del interrogatorio. Pero debe reconocerse que resulta muy incómodo tener que escudarse en una indebida actuación propia en el momento de admisión de las preguntas, a fin de impedir que las respuestas tengan eficacia en la valoración de la prueba. En esa tesitura, lo más habitual es que si el juez es consciente del condicionamiento, acabe prescindiendo de la credibilidad del interrogatorio. Pero el problema es que a la hora de motivar no podrá justificar debidamente el porqué, lo que dará al traste con la debida formación del juicio jurisdiccional.

Por eso se ha intentado determinar *a priori* qué tipo de preguntas peligrosas existen, a fin de poder identificarlas. La tradicional clasificación de capciosas y sugestivas va en esa línea, pero no sólo resulta claramente insuficiente, sino también semánticamente imperfecta, porque distorsiona la definición de «pregunta sugestiva» [90], y porque deja atrás otras categorías que también resultan de algún interés para la valoración de las respuestas del interrogatorio.

La doctrina psicológica ha propuesto varios elencos de preguntas. Uno de los más conocidos es el que STERN [91] propuso hace más de 100 años al distinguir entre preguntas «determinativas», que son las que no aportan prácticamente información [92], las «disyuntivas», perfectas o imperfectas, en función de si ofrecen sólo dos alternativas o no descartan una tercera, las «expectativas», que intentan provocar una sugestión [93], las «implicativas», que tratan de suponer como existente algo desconocido en realidad [94], y por último las «consecutivas», que son las que se formulan insistiendo en las preguntas anteriores, para aumentar la sugestión.

Pero más que realizar elencos de preguntas, que quizás a lo único que conducen es a desorientar un tanto al observador con la clasificación, lo que resulta fundamental, simplemente, es determinar si las preguntas aportan o no aportan información al interrogado [95]. En este sentido, analizando solamente las citadas, es obvio que salvo las preguntas determinativas, el resto sí que aportan esa información. En concreto, las preguntas disyuntivas sólo dejan dos alternativas, y por tanto informan de cuáles son esas alternativas.

---

[90] Como expresé en el epígrafe anterior, se suele entender que una pregunta sugestiva es aquella que sugiere la respuesta. Pero si fuera así, en poco o en nada se distingue de la capciosa, puesto que con ese tipo de pregunta sugestiva también se intenta engañar al interrogado haciéndole que asuma un recuerdo que en realidad no tiene. Por ello, entiendo preferible, y más coherente con la definición del Diccionario, entender que una pregunta sugestiva es aquella que provoca una emoción, en el sentido ya indicado anteriormente.

[91] W. STERN, *Beiträge zur Pschologie der Aussage*, 1905, citado por MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 132.

[92] «¿Cuándo sucedió lo que dices?».

[93] «Esos comentarios, ¿te molestaban?».

[94] «Al salir del casino, ¿llamó a su amigo?» (sin saber el interrogador si fue al casino).

[95] *Vid.* MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 335.

Incluso las disyuntivas imperfectas suministran esa información. Aunque no se descarte otra alternativa a la preguntada, la información está contenida en la pregunta. Las implicativas van claramente en la misma línea. Y la exageración ya se alcanza con las preguntas expectativas, puesto que no solamente se introduce una información ajena probablemente a la pregunta, sino que además se provoca una emoción (miedo, ira, etc.). Es decir, no se intenta que el declarante responda realmente a la pregunta, sino simplemente que sus reacciones desvelen su fuero interno, a veces para conseguir la verdad, pero en muchas ocasiones simplemente para desacreditar a un testigo poniéndole nervioso [96], en cuyo caso será falso el supuesto fuero interno que saldrá a la luz. Es por ello por lo que este tipo de preguntas son tan peligrosas, porque es muy posible que ni siquiera estén enfocadas a la obtención de la realidad de los hechos, sino a obtener un sustento falaz a las pretensiones del cliente del interrogador. Es posible que hasta las palabras empleadas en la pregunta suministren casi inadvertidamente esa indeseable información [97].

El orden en que se formulen las preguntas también suele ser importante [98], dado que se ha demostrado que puede generar falsas memorias en función de qué recuerdo se reconstruya primero. O incluso a la hora de poner en guardia al declarante. Desde luego, haciendo que el testigo recuerde en primer lugar una serie de datos es posible que empiece a enlazar sus recuerdos de una determinada forma. Si tras ello el interrogador inicia otra serie de preguntas que propicien un cambio de versión, a fin de que el interrogado caiga en la cuenta de que cometió algunos errores al principio, es posible que el declarante acabe dando una imagen de embustero, como quizás desee el interrogador.

Y además, como decía, si al principio del interrogatorio ponemos en guardia al declarante con alguna pregunta que le sugiera temor, es posible que ya no aporte ninguna información más, o bien se le provoque la confusión. En todo caso, aunque su reacción nunca será matemática porque depende de cada sujeto, parece que lo más positivo para el esclarecimiento de los hechos es que el testigo se vea a sí mismo en un clima de tranquilidad y de confianza [99], porque de ese modo se evitará que ofrezca respuestas para complacer al interrogador —intentando reprimir así el temor que le infunde—, o bien que se bloquee como producto de la ansiedad, produciéndose esa sensación de «quedarse en blanco», que lo cierto es que impide en ese momento el recuerdo.

---

[96] *Vid.* Ibabe Erostarbe, *Psicología del testimonio*, cit., p. 21. Aunque el efecto puede ser el contrario, puesto que puede ser que los testigos, en situación de estrés, aporten menos información, pero esta sea más exacta (*vid. op. cit.*, pp. 35-36).

[97] Ibabe Erostarbe, *Psicología del testimonio*, cit., p. 48, hace referencia a una pregunta bastante ilustrativa. No es lo mismo preguntar: «¿has visto un faro roto?», que decir: «¿has visto el faro roto?», ya que en el segundo caso se está dando por supuesto que había un faro.

[98] Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 132. Hasta las palabras empleadas o el orden de la frase también se ha descubierto como relevante. *Vid.* Ibabe Erostarbe, *Psicología del testimonio*, cit., p. 47.

[99] *Vid.* Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria*, cit., p. 343. Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 142.

b) *La técnica narrativa*

Consiste dicha técnica en preguntarle a un declarante sobre los hechos, pero dejando que los relate sin apenas interrumpirle, salvo para consultarle alguna matización. Como dice el art. 436.II de la LECrim., «el juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios».

Se trata de la técnica más recomendada por la doctrina psicológica [100] por razones obvias: el interrogador no suministra ninguna información al interrogado. Y con ello es mucho más factible que no se creen falsos recuerdos en su mente que darán al traste con una debida valoración probatoria.

No obstante, el problema de la técnica narrativa son los llamados «errores de omisión», es decir, que el declarante no informe sobre detalles que conoce, pero que en aquel instante no es capaz de recordar o, simplemente, no los cree importantes. En ese momento, el interrogador debe ayudar al testigo, pero sin suministrarle información para no corromper el testimonio.

A tal fin se ha desarrollado la llamada «entrevista cognitiva», en cuyo detalle no puedo entrar en una obra de estas características, pero de la que querría destacar un par de pautas que, sin duda, pueden ayudarnos a los juristas a ir acercándonos a este modelo. Consiste, fundamentalmente, en pedirle al testigo que contextualice los hechos que está contando [101], es decir, que describa el lugar donde ocurrieron, circunstancias del ambiente, etc., porque ello le ayudará a recuperar detalles que, de otro modo, se le escaparían [102].

Además de lo anterior, se ha demostrado reiteradamente que tiene una gran eficacia en la recuperación de la memoria, el hecho de pedirle al declarante que cambie de perspectiva una vez que ha acabado de relatar los hechos. Es decir, que cuente sus vivencias tal y como imagina que las contaría otra persona, o bien cambiando incluso su posición física o temporal en el lugar de los hechos, esto es, tratando de imaginar qué hubiera visto u oído de haberse encontrado aquí o allí [103]. Con ello el declarante informa sobre detalles que si se ciñe solamente a la única perspectiva que tuvo —que es lo tradicional en las declaraciones—, le hubieran pasado desapercibidos. A él desde luego, pero también al interrogador. Por tanto, se trata de que una vez que ha acabado su relato, se le pregunte al declarante sobre qué cree que vio una persona que estaba alejada de la escena de los hechos, o que estaba en su pleno centro, o que trate de imaginar qué debía verse desde arriba de la escena, o que describa cómo debió percibir los hechos, por ejemplo, algún miembro del personal de su empresa que no participó en los mismos, o bien un compañero de trabajo, etc.

---

[100] IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, cit., p. 47. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 141.

[101] IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, cit., p. 51.

[102] MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 142.

[103] *Ibid.*, p. 143.

Que se permita realizar una declaración testifical en esos términos, no obstante, requiere un pequeño cambio en la interpretación de las leyes, que en absoluto es *praeter legem*. Normalmente, se exige que la declaración se realice sobre conocimientos propios [104]. Pues bien, aunque se le pida al interrogado el cambio de perspectiva que antes he apuntado para favorecer la recuperación del recuerdo, los hechos sobre los que se le está preguntando sin duda también son propios. Sólo se trata de que declare según lo que cree que hubiera dicho otra persona sobre ese mismo hecho, o que imagine lo que hubiera dicho él mismo de haber estado en otro lugar. En todo caso, se trata de que esa modificación hipotética del entorno del declarante no lleve al juez a la conclusión de que la pregunta es impertinente, simplemente porque lo que se intenta con esta técnica es que el declarante recupere sus *propios* recuerdos, poniéndose en un lugar diferente al que tuvo. Sería una auténtica pena que por una interpretación legal inoportuna, o por un simple tradicionalismo en los interrogatorios, se impidiera realizar algo que experimentalmente se ha demostrado como claramente útil.

Con todo ello, esta técnica narrativa podrá desplegar toda su eficacia. Nuevamente, no significa ello que con esta manera de hacer se descubra sin dudas la verdad, porque partimos siempre de la base de que eso no es posible hasta las últimas consecuencias, por desgracia. Simplemente estoy afirmando que, aunque no se practique sistemáticamente, parece muy conveniente esta técnica en supuestos especialmente dudosos, en primer lugar porque aumenta la cantidad de datos que aporta el testigo y los hace más objetivos, lo que contribuye a una mejor motivación. En segundo lugar, evita que fiscales y letrados, o incluso jueces, formulen preguntas en las que, en el fondo, solamente intentan que el interrogado diga si es o no cierto lo que los primeros están afirmando. Y ello supone, por las razones apuntadas, falsear el interrogatorio, porque se obliga al declarante a decir lo que el interrogador quiere que diga, y no la verdad de los hechos. Y en tercer lugar, derivado de lo anterior, se posibilita que el interrogatorio se aleje de un esquema manifiestamente inquisitivo, que jamás fue famoso por conseguir averiguar la verdad de los hechos, sino simplemente por lograr un más eficaz castigo de supuestas acciones delictivas, dejando vía libre al juez que investigaba, acusaba y juzgaba. Se trata de que el interrogatorio sea lo más objetivo posible, y que no herede lo peor de aquel sistema inquisitivo: que el interrogador, en realidad, obtenía la «verdad» que quería oír. Tal y como está concebida la práctica de las declaraciones actualmente, lo que se logra es que el interro-

---

[104] *Vid.*, por ejemplo, los arts. 308 y 368.2 de la LEC:

Art. 308. Declaración sobre hechos no personales del interrogado. Cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del declarante, éste habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, pero podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración.

Para que se admita esta sustitución deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba. De no producirse tal aceptación, el declarante podrá solicitar que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente.

Art. 368. (...) 2. (...) Se inadmitirán las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo según el art. 360.

gatorio no sea un medio para descubrir la verdad (en la que las partes suelen no estar interesadas), sino una forma de conseguir que en el proceso se vaya creando la «verdad» deseada por cada litigante. La técnica narrativa aminora el riesgo de que ello sea así.

3. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE DECLARACIÓN DE PARTES

Teniendo en cuenta todo lo anterior, contamos con una buena herramienta para valorar las declaraciones de cada uno de los sujetos del proceso, en este caso, de las partes. De hecho, lo que se va a exponer a continuación no es más que una aplicación práctica de lo que se acaba de explicar, desmenuzada en los casos concretos más frecuentes a fin de que pueda ser utilizado todo lo dicho con mayor facilidad.

En cada proceso existe al menos una parte activa, que normalmente reiterará en su declaración todo lo que ha dicho su letrado en los escritos dispositivos, aunque con varias diferencias formales e incluso de fondo que iremos analizando seguidamente. Lo mismo sucederá con la parte pasiva. Pero hay que tener en cuenta que tratándose precisamente de los litigantes, son probablemente quienes tendrán mejor información sobre lo realmente acaecido, dado que son los protagonistas. Por consiguiente, su declaración es fundamental si se logran extraer de ella sus frutos debidos a través de las técnicas enunciadas en los epígrafes anteriores.

No obstante, hemos visto en los epígrafes históricos que la parte litigante ha sido tratada a menudo con severidad en materia probatoria, actuando con una desconfianza [105] que no deja de tener cierta lógica [106]. El Derecho castellano de las Partidas separó correctamente lo que era la declaración de la parte de la regulación del juramento [107], pero posteriormente en los códigos españoles se confundió definitivamente una institución con la otra, lo que hizo que la declaración de parte ya no fuera tan espontánea, puesto que, en realidad, se podía estar convirtiendo en un acto dispositivo; efecto que todavía perdura, como veremos después. Dicha confusión llevó al legislador a prever la posibilidad de que la parte realizara un juramento, lo que, como vimos, no era más que el residuo de la antigua ordalía, pero intentaba añadir, quizás vanamente, una amenaza al declarante. En el proceso penal, al reo se le llegó a torturar para extraer de él información y, a la postre, una confesión. Y a la víctima se la hizo declarar como un simple testigo, usurpando su papel de parte acusadora en dicho proceso penal, como consecuencia de una interpretación extensiva de las facultades inquisitivas del juez de la época.

Todo ello trae como conclusión una manifiesta desorientación en el tratamiento de este medio de prueba. La desorientación, en realidad, proviene de

---

[105] E. KOCHER, «Für eine Gleichbehandlung von Parteien und Zeugen. Zum Beweis des Inhalts eines Vier-Augen-Gesprächs», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht,* 23/2003, p. 1314.

[106] TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 44-45: «*Come è stato sottolineato realisticamente, nessuno presume che l'attore in un processo creda che la sua domanda sia vera*».

[107] Partida III, Títs. XI y XIII.

la dificultad de muchos legisladores para procesar las peculiares características de este sujeto procesal, en cuanto a la información que puede aportar al proceso y su calidad. Es decir, la dificultad estriba, como casi siempre, en la valoración de esa prueba, que depende directamente de dichas características. Veamos esos caracteres a fin de emitir un juicio sobre la fiabilidad de las partes litigantes como medio de prueba.

A) El interés del litigante y la fiabilidad de su declaración

Lo primero que define a un litigante es su interés en el proceso. Tanto si es el demandante como si se trata del demandado, querrá ganarlo, porque de lo contrario las partes correspondientes hubieran desistido, se habrían allanado, o habrían llegado a una transacción. Por su parte, en el proceso penal, la voluntad de autoexculpación del imputado casi siempre existirá. Y también será muy frecuente el interés de la víctima en una severa condena.

En estas condiciones, podría afirmarse a la ligera que tiene que desconfiarse totalmente de la declaración de un litigante, y en cambio no es así ni puede ser así. Por mucho que el litigante tenga un evidente interés en el objeto del juicio, su declaración va a ser útil a efectos probatorios simplemente porque, como ya dije, puede ser quien mejor conozca los hechos, o al menos su coartada, por lo que a lo mejor es quien acaba ofreciendo incluso mejor información [108].

Pero la cuestión es cómo hacer para que el juez pueda tener presente este interés de manera debida y objetivable, sin verse impelido a descartar su declaración. En este tema es muy sencillo incurrir en excesos bienintencionados, como por ejemplo afirmar que todo aquello que el litigante afirme y le perjudique es cierto. Y es que aunque, ciertamente, exista una tendencia natural de las personas a no reconocer lo que les perjudica, no es posible introducir esa «máxima» en un precepto legal de manera intangible, porque esa acción legislativa no tendría en cuenta el esencial hecho de que el litigante puede equivocarse, como veremos en el epígrafe siguiente.

Igualmente negativo sería que el juez simplemente prescinda de escuchar realmente al litigante, porque ya dé por supuesto que, como va a repetir lo que ha dicho su letrado en los escritos dispositivos, sabe perfectamente lo que va a decir, omitiendo cualquier esfuerzo para conseguir extraer información objetiva. Una conclusión así olvida que quien habla en dichos escritos dispositivos no es el litigante, sino su abogado, que evidentemente utilizará toda su técnica de argumentación para conseguir presentar la versión de los hechos más favorable a su cliente. Pues bien, la declaración del litigante es esencial para comprobar dicha versión y contrastarla con los alegatos que realice su abogado. En el fondo, el abogado no habrá participado, normal-

---

[108] Eso es lo que tuvo en cuenta Serra Domínguez, «Confesión», cit., p. 264, cuando afirmó que «la confesión en juicio es un medio de prueba, el medio de prueba por excelencia, la *regina probatorum,* la prueba perfecta, completa y plena, que si bien no consigue la verdad absoluta, proporciona el máximo de verosimilitud que se puede conseguir».

mente, en los hechos, y es posible que haya incurrido en errores u omisiones si su cliente, como también es muy frecuente, le realizó un relato muy sesgado y parcial de los hechos, y dicho letrado no fue capaz de superar dichos vicios. La declaración de su cliente tiene la potencialidad de acercarse a los hechos de manera mucho más adecuada.

Por último, y todavía peor, también es posible que el legislador lleve a cabo una actuación parecida a la que se dispone con respecto a las tachas de los testigos. Es decir, que «tenga en cuenta» el interés del testigo [109], pero no se le diga al juez cómo debería tener en cuenta ese interés, puesto que con la frase incluida en el precepto citado al pie, desde luego no se le da pista alguna al juez sobre lo que tiene que hacer, salvo que sospeche genéricamente, sin más, del declarante. Y ello le conduce a la misma indeterminación que cuando se le remite, sin ulteriores explicaciones, a las reglas de la sana crítica.

Nadie puede negar que el litigante es un declarante interesado. Salvo que se trate de una persona con una intachable buena fe, es prácticamente imposible que su declaración no aparezca enfocada a ofrecer la mejor imagen de sí mismo. Esa natural vanidad es la que ha inspirado la desconfianza hacia su declaración. Pero la forma de superar ese dato no es ni tachándole directamente de embustero, ni tampoco creyéndole ciegamente cuando dice algo que le perjudica, porque sobre todo en el proceso penal, su declaración puede tener como finalidad el encubrimiento, como subrayó perfectamente el ya repetido art. 406 de la LECrim.

Por consiguiente, su declaración debe ser escuchada con cautela. Pero no es suficiente decir eso, porque el juez ya sabe perfectamente que en cualquier trámite del proceso debe actuar con cautela. También cuando toma declaración a un testigo debe tener esa cautela, por las razones que veremos más adelante. Pero decir solamente eso es tanto como decir lo obvio, lo que acaba equivaliendo a no decir nada. Por ello, es necesario observar que esa «cautela» es una especie de máxima de la experiencia excesivamente inconcreta. Hay que determinar su contenido para que pueda ser útil al juez, de manera que pueda objetivar la valoración de la credibilidad del declarante, motivando debidamente esa valoración siguiendo parámetros mucho más determinados. Veamos de qué forma.

B) Puntos principales a tener en cuenta en la valoración

Vaya por delante que parto de la base de que el litigante va a ser mayor de edad y mentalmente apto. El testimonio de menores y personas con su capacidad mental mermada es muy complejo y, siendo sinceros, no creo que pueda ser valorado debidamente por un juez, por su falta de formación en

[109] Art. 379.3 y especialmente art. 344.2 de la LEC: «Sin más trámites, el tribunal tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba, formulando, en su caso, mediante providencia, la declaración de falta de fundamento de la tacha prevista en el apartado anterior (...)».

este campo demasiado especializado. Una cosa es adquirir formación general en psicología del testimonio para poder valorar las declaraciones en los casos más comunes, y otra muy diferente que se pretenda que el juez extraiga conclusiones de la declaración de personas que no le son familiares, en general, al ser posible que en su entorno no existan ni discapacitados ni menores con los que normalmente interactúe. Y aunque sí esté familiarizado con algunos de ellos, no es suficiente para considerar que se trata de un experto conocedor de estos sujetos, ya que ni en materia de menores, y mucho menos cuando se trata de discapacitados mentales, es posible generalizar para un profano. Por ello, entiendo que, en estos casos, la presencia de un psicólogo del testimonio habría de ser esencial [110], sin perjuicio de que el juez valore críticamente la actuación de este perito, naturalmente, y hasta oriente su labor en orden a la averiguación de los hechos [111].

En todo el resto de supuestos, el juez deberá valorar directamente la credibilidad de las declaraciones. Sin pretender en absoluto establecer una pauta fija que tendría el riesgo de convertir la valoración prácticamente en legal, expondré a continuación una serie de puntos útiles en la valoración de la declaración de cualesquiera litigantes. Y a continuación trataré algunos casos particulares que admiten un tratamiento separado por su frecuencia, singularidad y dificultad.

a) *Supuestos generales*

Derivado de lo visto anteriormente respecto a la credibilidad de las personas, lo primero que tiene que abolirse de una vez es la inveterada costumbre de que los jueces valoren a los declarantes por su conducta durante la declaración. No se ajustan a la realidad, como vimos, las «sensaciones de saber cuándo una persona miente». No son más que producto de prejuicios, tradiciones, tópicos sociales, etc., y, en cualquier caso, son difícilmente motivables, por lo que hay que prescindir de las mismas. Pese a la actividad experimental que se ha intentado realizar en este campo, ya vimos que actualmente existe consenso en que esos métodos no tienen auténtica base científica. Y aunque algún día la tuvieren, mientras el juez no posea esos conocimientos científicos, que a día de hoy no tiene, lo cierto es que constituye un error valorar la credibilidad de un litigante observando sus reacciones. El declarante puede ser un fenomenal actor, o bien incluso ser una persona insegura, que por supuesto que demuestra inseguridad en un trance como el de una declaración. Ya es tiempo de que dejemos de ser víctimas propiciatorias de la retórica y, por tanto, es ya hora de que la firmeza o vehemencia de quien hable deje de confundirse con su credibilidad. Sería ya el momento de que los jueces, y la sociedad en general, empezara a ser muchísimo más analítica y no tuviera tan en cuenta la forma de la declaración, fijándose es-

[110] Así sucede con frecuencia. *Vid.* STS 9-2-2009 (núm. rec. 1173/2008), FD 4.

[111] No sería descartable que las leyes dispusieran un artículo similar al art. 759 de la LEC, que impone la práctica de la prueba pericial médica en todos los procesos de incapacitación, consciente de que el juez no tiene por qué tener conocimientos de medicina.

pecíficamente en su contenido, que es lo importante. Y en si dicho contenido resulta verosímil.

Al litigante debe escuchársele, en primer lugar, sin tener en cuenta que lo es. Esto puede parecer un contrasentido, pero es la única manera de que el juez le escuche sin prejuzgar lo que va a decir, porque asumamos de una vez que el juez no está tampoco formado para valorar qué incidencia concreta puede tener en la veracidad de lo declarado, el hecho de que quien declare sea el protagonista principal de los hechos. El juzgador sólo puede cumplir eficazmente su misión garantizando que se realice al litigante un interrogatorio en las condiciones antes vistas, preferentemente en forma narrativa, como ya se vio, y a ese lugar me remito para no incurrir en reiteraciones.

Sí debo reiterar, no obstante, aunque sea brevemente, las circunstancias generales de la credibilidad de cualquier persona, a fin de concretarlas con respecto a las características del litigante. En este sentido, recordando brevemente, había que exigir coherencia en el relato del declarante, contextualización, existencia de corroboraciones periféricas y ausencia de circunstancias oportunistas en dicho relato.

En cuanto a la coherencia, hay que pensar que el litigante, no es que se sospeche que ha hablado con su letrado con carácter previo a la declaración, como suele pensarse de un testigo. Es casi seguro que el litigante habrá hablado con su letrado, y éste, ejerciendo su oficio, le habrá realizado recomendaciones sobre la declaración. Ello hay que tenerlo en cuenta a fin de no sobrevalorar la coherencia de un relato. El litigante puede haber hablado mil veces del objeto del juicio con el abogado, por lo que es posible que incluso haya llegado a distorsionar la historia real de base, adaptándola, sin ser del todo consciente, a lo que dicen los escritos dispositivos. Por eso no resulta de gran ayuda en estos casos el juicio sobre la coherencia del relato, porque puede estar perfectamente preparado de antemano. Al contrario, en este caso concreto, la espontaneidad puede ser un factor positivo a considerar en cuanto a la veracidad de la declaración. Como es seguro que el letrado, si ha hecho bien su trabajo, ha construido un relato estructurado y sin contradicción alguna, si la declaración del litigante también posee esa coherencia casi podría decirse que excesiva, surge aquí un motivo para desconfiar. Pero como se ve, esta circunstancia es de muy difícil apreciación, por lo que solamente debería acudirse a la misma con carácter subsidiario.

En cambio, sí que es muy importante valorar si el relato del litigante está contextualizado. Normalmente, el relato de los letrados no lo está, puesto que en los escritos dispositivos se suele aludir solamente a los aspectos que afectan a la norma jurídica, lo que, por cierto, resulta de agradecer para no hacer interminables esos escritos. Por ello, el hecho de que el litigante dé detalles concretos de en qué contexto sucedió todo, es un dato objetivo a tener en cuenta, dado que si uno de los litigantes da información sobre ese contexto, pero el otro no lo hace, evidentemente resulta más creíble el primero. En este sentido, no está en absoluto fuera de lugar que se pregunte al litigante sobre el lugar donde se firmó el contrato, o acerca de dónde se realizaron las negociaciones previas, o en qué tono se realizaron dichas negociaciones,

por ejemplo. Si el declarante no recuerda nada de eso o da detalles absolutamente vagos, y sin embargo ha realizado una declaración perfectamente coherente en cuanto a los demás aspectos, es posible que dicho litigante esté mintiendo.

En el proceso penal, la contextualización tiene una importancia todavía superior. El imputado que «no se acuerda de nada», lo que en realidad está eludiendo es declarar, a los fines de intentar encontrar una eximente de consumo de estupefacientes, por ejemplo, o incluso para señalar que nunca estuvo en la escena del delito. No son exigibles explicaciones absolutamente precisas, puesto que los detalles de las estancias que visitamos normalmente en cualquier situación, nos suelen pasar bastante desapercibidas, hasta el punto de que si ahora mismo se le pregunta al lector cómo era la última estancia cerrada que visitó ayer, y que no perteneciera a su casa o a su lugar de trabajo, lo más probable es que yerre en muchos detalles. Hasta le costará recordar en qué estancia estuvo, si es que visitó alguna. Y téngase en cuenta que la desmemoria, como vimos, aumenta con el paso del tiempo.

Por ello, es suficiente con que el litigante informe sobre aspectos tales como qué estaba haciendo en aquel momento, o dónde se encontraba, aportando información sobre detalles que obviamente no pasan a nadie desapercibidos, como por ejemplo si en una calle peatonal pasó algún vehículo. O si la luz de las farolas estaba encendida por la noche. Esos detalles son tan obvios, que si el declarante duda sobre los mismos es bastante probable que esté mintiendo.

En cuanto a la existencia de corroboraciones periféricas, las mismas deben observarse con la apreciación conjunta del resto de medios de prueba. De todos modos, debe advertirse de que no se requiere un encaje estricto de todas las circunstancias para considerar creíble un relato. Como he dicho reiteradamente, la memoria tiene límites, y sólo si los relatos dejan de coincidir en aspectos verdaderamente importantes, y que son de sencillo recuerdo, cabe sospechar de la falta de veracidad de la declaración.

Por último, el juez no tiene por qué atender a la existencia de detalles oportunistas en la declaración del litigante, porque es casi seguro que van a existir dichos detalles. Como dije, cualquiera que declara intenta dar la mejor imagen de sí mismo, por lo que no es esperable que el litigante pierda la oportunidad, durante su declaración, de deslizar detalles que le favorezcan. Por consiguiente, éste es un punto que debe ser pasado por alto. El litigante está en el proceso porque cree tener razón. O aunque sepa que no la tiene, está convencido de que moralmente tiene razón y, por ello, hablará bien de sí mismo y de lo que hizo. Debe prescindirse de todo ello, porque es obvio que va a ocurrir.

Tras todo lo anterior, cabe resumir lo expuesto diciendo que lo único que cabe valorar de la declaración de un litigante es que su relato esté espontáneamente contextualizado y que se vea acreditado por otros medios de prueba. De lo contrario, la declaración es sospechosa de falsedad, o al menos su fuerza probatoria es tan débil que no tiene por qué ser tenida en cuenta. Ni

siquiera si es coherente, por las razones antes vistas. En esos casos, cabría concluir que el resultado de la práctica de la prueba es infructuoso, y así debería argumentarlo el juez en la sentencia.

Llegados a este punto, podrá comprobarse que, como se deriva de todo lo anterior, en nada de lo expuesto ha tenido un peso la subjetividad de considerar directamente increíble la declaración de un litigante por el simple hecho de que lo sea. Todo lo contrario, se han explicado y concretado las razones por las que el imaginario colectivo suele atribuir dicha incredibilidad a los litigantes, sin hacer referencia a circunstancias conductuales que solamente tienen un papel muy secundario en toda la valoración, teniendo los datos objetivos que se acaban de ofrecer. En lo único que parece influir el hecho de que el declarante sea un litigante, es en que su relato puede ser demasiado coherente, por haber sido indudablemente preparado con anterioridad y, además, que es esperable la existencia de detalles oportunistas en la declaración. Pero con ello se cierra la influencia que el hecho de ser litigante tiene en la credibilidad de la declaración. La contextualización del relato y las corroboraciones periféricas no dependen de que sea litigante o no el declarante, y por ello debe acudirse a esos aspectos cuando se trata de valorar la prueba.

Para ello, no cabrá otro remedio que extender algo más los interrogatorios, en concreto a las preguntas sobre esa contextualización, la haya ofrecido o no el declarante. Porque con respecto a la corroboración con otros datos de la declaración, esa labor no da más trabajo del habitual, aunque obliga a analizar minuciosamente el relato de lo declarado, concordándolo con la resultancia de otros medios de prueba, labor que sería muy útil realizarla en fase de conclusiones. Pero con todo ello se consigue que el fruto de la prueba no sea una declaración estereotipada o, peor aún, un relato que nadie tiene en cuenta, como suele ocurrir casi siempre, salvo que el litigante declare un dato que le perjudique, momento en el que saltan todas las alarmas y se le atribuye toda la credibilidad que se le ha negado de antemano hasta ese momento. Y ello constituye un grave error, porque todo litigante se puede equivocar, como ya se dijo anteriormente y se volverá a exponer después. Y la única forma de descubrir que el error no es una mentira, es precisamente acudiendo al examen de las corroboraciones. Si no lo hacemos y tenemos el error simplemente como indicativo de la aceptación de un hecho perjudicial que el juez no pueda discutir, lo que finalmente acabará existiendo es un error judicial en el caso concreto.

En todo caso, lo expuesto es claramente motivable por el juez en su sentencia. El juzgador puede exponer las corroboraciones, si existen, o indicar que no aparecen, en el supuesto de que sea así. Y por descontado que puede aludir al hecho de que el litigante contextualizó su relato de manera verosímil —precisamente por las mismas corroboraciones—, sin que en esa contextualización recordara detalles que nadie es capaz, normalmente, de recordar, ni que omitiera la referencia a aspectos obvios. Ello hace que este punto sea especialmente apto para valorar la credibilidad, ya que es muy difícil de preparar por el letrado. Si el número de detalles recordados es excesivo, aparecerá la incredulidad, porque todo observador pensará que preparó la

exposición de dichos detalles. Pero es especialmente útil la falta de recuerdo sobre detalles obvios, precisamente porque siendo tan evidentes es muy dificultoso mentir, pero también es mucho más fácil que al letrado le pasen por alto en la preparación de la declaración.

b) *Casos específicos*

Todo lo anterior podría servir para valorar la declaración de cualquier litigante. Sin embargo, existen algunos casos específicos cuyo tratamiento es interesante al admitir algunas matizaciones a lo indicado. Son, además, supuestos muy frecuentes en la realidad judicial, y por ello su examen es fundamental. Por tanto, para la lectura de los siguientes epígrafes debe tenerse en cuenta lo ya indicado en el epígrafe anterior, de cuya base se partirá. Lo que analizaremos a continuación son simples, aunque importantes, precisiones.

1) *La declaración del coimputado*

El coimputado es la parte acusada que acompaña a otro o más acusados en el proceso penal. El concepto es muy conocido y por ello no me voy a extender en él. Simplemente debo ocuparme de la valoración de su declaración.

La jurisprudencia ha expresado una clara desconfianza a su declaración desde hace bastante tiempo, que perdura a día de hoy [112]. La razón es evidente. No es tanto que su declaración no esté sometida al deber de veracidad, como sucede con el testigo [113], o que su testimonio se vea condicionado porque pueda existir enemistad hacia el resto de imputados u otros móviles malintencionados. Todo eso es obvio y en buena medida incontrolable. Es

[112] STS 24-6-2009 (núm. rec. 318/2008), FD 10: «(...) las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo, y STS 1330/2002, de 16 de julio, entre otras). Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente. En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado (...)».

[113] STS 102/2008, FJ 3. «Por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), este Tribunal viene considerando que la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal (...)».

sabido que el delito de falso testimonio, aunque fuera aplicable a este caso, prácticamente no se persigue por las tremendas dificultades que presenta su incriminación. Y el hecho de que exista enemistad entre imputados es algo tan sumamente humano y evidente, que difícilmente puede ser tenido en realidad en consideración como dato objetivo al valorar la declaración, porque se puede dar por descontado. Y es mejor que sea así, puesto que, como veremos más adelante con respecto a los testigos, la averiguación de esa enemistad no es nada fácil, por lo que sólo con gran dificultad podría convertirse en un dato indiscutible que permitiera una valoración controlable de la prueba, que es lo que estamos persiguiendo en todo momento.

Lo que realmente pone en un aprieto a los tribunales es el llamado con cierta imprecisión «ánimo de autoexculpación», pero no porque exista en mayor medida que con respecto a otros imputados, sino porque en este caso ese ánimo es algo distinto. Más que de ánimo de autoexculpación, habría que hablar de ánimo de «heteroinculpación», es decir, deseo de atribuir las responsabilidades al resto de imputados, y ello es lo que distorsiona realmente la valoración de su declaración. La razón es que no solamente la declaración puede ser falsa con respecto al propio coimputado declarante, sino que además la falsedad se extiende a los hechos que atañen al resto de imputados, sean auténticamente comunes o no. Ello, obviamente, complica sobremanera la valoración del testimonio. El juez escuchará, por ejemplo, al coimputado A decir que no cometió X, que tampoco cometió Y, sino que fue el coimputado B, y que no sabe quién cometió Z, pero que probablemente el responsable es también el coimputado B. Por su parte, este último coimputado negará lógicamente haber cometido X, Y o bien Z, atribuyendo toda la responsabilidad al coimputado A. La pregunta que surge es qué hacer ante una situación semejante, ya de por sí bastante compleja, si no gozamos de otras pruebas más consistentes que la declaración del uno contra la del otro. Imagínese la complicación que existiría si en lugar de existir dos coimputados, hubiera aún más.

Por ello, la jurisprudencia constitucional [114], con buen criterio, ha reclamado la existencia de corroboraciones con otras pruebas para dar por válida la declaración del coimputado [115]. E incluso, como puede leerse en las

---

[114] *Vid.* STC 230/2007, FJ 3: «La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, se ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (por todas, STC 34/2006, de 13 de febrero, FJ 2)».

[115] Igualmente, la misma STS 24-6-2009 (núm. rec. 318/2008), FD 10: «En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la

transcripciones realizadas, ha intentado concretar los términos en que debe entenderse como existente una de esas corroboraciones.

El problema es que todo ello no se distancia casi en absoluto de lo indicado para la credibilidad general de cualquier litigante. Sencillamente se pone el acento en el dato de las corroboraciones, sin más. Sin embargo, cuando tratamos de valorar la declaración del coimputado, habida cuenta del más que probable ánimo de heteroinculpación, hay que ir un poco más allá.

En primer lugar, como siempre, de entrada hay que olvidar que el coimputado lo es. Es decir, hay que practicar su declaración en los mismos términos que la de cualquier otra persona, sin prevenciones, puesto que de otro modo la toma de declaración no puede ser objetiva. Es decir, aunque sea el coimputado, hay que escucharle, sin dejarse llevar por la influencia de la jurisprudencia constitucional que desacredita en gran medida su testimonio. Y una vez que haya declarado, dicha declaración hay que someterla al control de las corroboraciones, ciertamente, aunque también al de la contextualización, que cobra evidente relevancia en este caso en el que es posible que todos los coimputados estuvieran en el mismo lugar y en el mismo momento, por lo que la existencia de errores en dicha contextualización en cuanto a los detalles obvios, e incluso a los no tan obvios, puede desvelar, efectivamente, que uno de los coimputados está mintiendo.

Pero tampoco ello es suficiente, porque no es tan distinto a lo ya expuesto en el epígrafe generalista. Lo que con respecto a este declarante cobra gran importancia, a diferencia de lo que sucede en general, es la existencia de detalles oportunistas en la declaración, porque son los que van a descubrir con claridad el ánimo de heteroinculpación. Si se tratara de cualquier litigante, ya se examinó que había que prescindir casi por completo de este aspecto de la declaración, simplemente porque es esperable de cualquier contendiente en el proceso que quiera ofrecer una buena imagen de sí mismo y de sus acciones. Cuando se trata del coimputado ese estímulo también va a existir, lógicamente, pero la diferencia se centrará en el análisis de si ese detalle oportunista, no solamente está incriminando al otro coimputado, sino que además resulta innecesario o sobreabundante.

Es decir, si el coimputado realiza una declaración que está corroborada con otros elementos de prueba y que además esté correctamente contextualizada, habrá ya motivos para creer en su fiabilidad. Pero el problema surge cuando, como es la regla general, esta corroboración no es completa. En esos casos, antes que descartar por completo la declaración, el juez puede observar si el coimputado ha introducido, además, comentarios innecesarios que

---

declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998, 68/2001, de 17 de marzo, y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia"».

solamente persigan el descrédito del otro coimputado. Si lo ha hecho, es más probable que esté mintiendo. Y es que la declaración del coimputado sobre los hechos acaecidos puede resultar bastante objetiva si sigue los criterios indicados, es decir, la corroboración y la contextualización. Pero como las mismas nunca son completas, cabe observar si en la declaración empiezan a aparecer detalles retóricos que pretenden crear en el tribunal emociones de animadversión hacia ese coimputado, puesto que en ese caso es posible que la declaración no pudiera ser prueba de cargo, dado que quien cree tener unos hechos sólidos que declarar, normalmente no pierde el tiempo deslizando detalles que impresionen al oyente, porque suele estar convencido de que su historia es suficientemente creíble sin necesidad de adornarla. Es más, los imputados suelen no ser muy conscientes de que a su declaración le faltan corroboraciones, por lo que si están suficientemente convencidos de la veracidad de lo que dicen, es perfectamente posible que no pierdan el tiempo en tratar de impresionar al tribunal, porque creerán que van a impresionarle con la exposición de la pura verdad. Pero si empiezan a surgir esos detalles oportunistas, ello puede ser señal de que algo está fallando. Desde luego, esto no es en absoluto una regla fija, pero es un criterio más a tener en cuenta en la valoración de la declaración del coimputado, y que tiene especial importancia en este caso.

Habrá quien leyendo estas líneas piense que esos detalles oportunistas aparecen siempre. Y debo decir que no le faltaría algo de razón a ese lector, por dos motivos. El primero es porque esos detalles suelen estar presentes en la declaración de cualquier litigante. Y en segundo lugar, porque el ánimo de heteroincriminación es muy frecuente. Pero nada diferente es lo que yo pretendía expresar en estas líneas. No puede negarse que esta prueba es muy poco fiable. Pero del modo descrito, en primer lugar, ha quedado creo que claramente determinado por qué es así, pasando de la intuición a la realidad. Y además —lo más importante—, a través de lo dicho se han ofrecido los criterios necesarios, y nuevamente objetivos, para que sea posible salvar algunas de esas declaraciones a fin de que puedan servir como elemento probatorio de cargo.

En concreto, para considerar que la declaración del coimputado es creíble, será necesario, como siempre, que esté corroborada y no sea artificialmente coherente. Además, será imprescindible que esté correctamente contextualizada, de manera que los relatos vagos sobre la escena de los hechos que no confirmen la existencia de datos obvios, pueden ser vistos como posiblemente falsos. Pero además, si el coimputado durante la declaración se permite el lujo de ir desacreditando al otro coimputado de forma innecesaria, contando, por ejemplo, detalles de su vida privada anterior al delito que no interesan al caso concreto, o aspectos de su personalidad que no tengan que ver directamente con los hechos enjuiciados, es posible que el relato del coimputado no sea creíble. Y no porque el coimputado esté mintiendo, dado que puede haber construido su versión de los hechos a través de la consideración que le merezca la persona del coimputado, dejándose llevar por su subjetividad. Pero justamente eso será un buen indicio de que probablemente la historia contada sea falsa, aunque ni siquiera sea consciente de

ello el coimputado declarante. Porque es perfectamente posible que la animadversión que el declarante sienta hacia el coimputado haya creado en su memoria una imagen de verosimilitud acerca de una historia que solamente conozca a medias.

Con todo ello, como he dicho, será posible fundar una condena en esta prueba. Los supuestos en que eso pueda suceder serán pocos, evidentemente, por las tremendas dificultades que plantea la consideración de todo lo indicado. Pero si al menos el juez se fija en esos elementos objetivos que he citado, podrá motivar por qué rechaza esa prueba, sin hacerlo simplemente porque se trate de un coimputado [116].

2) *La declaración del «testigo-víctima»*

En el proceso penal encontramos una figura ciertamente curiosa a la que la jurisprudencia y la doctrina en general suelen denominar con la expresión «testigo-víctima».

Ya de entrada debe decirse que esta expresión es un perfecto contrasentido, puesto que quien padece los efectos del delito en absoluto es un tercero ajeno al objeto del juicio, por lo que su denominación como testigo es completamente incorrecta. Y debe advertirse, además, de algo que suele ser bastante pasado por alto. La expresión «testigo-víctima» posee una clara raigambre inquisitiva, como ya se dijo anteriormente, puesto que procede de los usos de una época en la que, aunque la víctima podía ser parte acusadora en el proceso penal [117], ello no era frecuente teniendo en cuenta las costumbres de los jueces del antiguo proceso inquisitivo. Siendo el juez parte acusadora, la víctima no tenía lugar, habitualmente, entre los litigantes, por lo que declaraba casi siempre como testigo. Esa situación, probablemente olvidada por casi todos, se arrastra hasta los nuevos procesos de los siglos XIX y XX. E incluso en varios ordenamientos actuales se impide o restringe que la víctima pueda actuar como parte, lo cual puede explicarse también, como digo, por el indebido arrastre en este material de esa característica del antiguo proceso inquisitivo [118], porque casi todos los ordenamientos actuales del entorno europeo provienen de una misma tradición medieval. Pero lo cierto es que, actualmente, no tiene el más mínimo sentido que, en los procesos

---

[116] *Vid.*, por ejemplo, la escasez de datos que se otorgan en la STS 7-7-2009 (núm. rec. 1379/2008), FD 6, para descartar la declaración del coimputado, aprovechando un supuesto error material del Ministerio Fiscal en su alegato.

[117] NIEVA FENOLL, «El "último" proceso inquisitivo español», cit., pp. 193 y ss.

[118] E incluso se insiste en que la presencia del Ministerio Fiscal ejercitando la acusación supone la desaparición del proceso inquisitivo (C. PETERS, *Strafprozeß*, Heidelberg, 1985, p. 161), lo cual es cierto, pero es conocido que en el proceso actual han permanecido algunas de sus características. Justamente ésta del nulo papel de la víctima es especialmente reseñable, aunque no haya sido destacado este hecho, por lo general, relacionándolo con el proceso inquisitivo. J. SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 27, por ejemplo, atribuye esta situación, que lamenta, a una exacerbación de la presunción de inocencia y, en el fondo, a la construcción de todo el modelo procesal penal en torno al acusado. No le falta razón a este autor, pero ello no empece a que la circunstancia histórica que he apuntado esté también en la clave del origen de este estado de cosas.

de muchos Estados del mundo, la víctima no esté presente como parte en el proceso penal [119].

Con ello se llega a una tergiversación del papel probatorio de la víctima, haciéndole declarar como simple testigo. Y sin embargo es obvio que, técnicamente, quien puede ser parte en un proceso no puede ser un testigo, precisamente por el evidente interés directo que posee, idéntico al del imputado, aunque por supuesto en sentido contrario al del mismo.

No obstante, dicho lo anterior, sería esperable que a pesar de considerarse a la víctima como un testigo que en realidad no es, se hubiera establecido alguna regla en cuanto a su declaración en el proceso penal. Y, sin embargo, no es así. En el proceso penal español persisten evidentes deficiencias legales en cuanto a la declaración de las partes, pero este hecho se debe a otras circunstancias históricas algo más complejas, que tienen que ver con un tema, también olvidado en buena medida, pero completamente distinto: la voluntad de los legisladores de finales del siglo XIX de suprimir la «confesión del reo» como acto final de la instrucción [120].

Pero sea como fuere, lo cierto es que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no está regulada la declaración de las partes en el juicio oral. Es decir, no se establece cauce procesal adecuado alguno para que el imputado declare. Y lo mismo sucede con la víctima, dado que haya mostrado o no su voluntad de ser parte en el proceso, lo cierto es que la naturaleza de su posible conocimiento de los hechos, si los presenció y padeció, hace que no pueda ser considerada un testigo más. Y si no los presenció, igualmente su más que posible voluntad inculpadora, que veremos seguidamente, descarta que pueda ser considerada un testigo.

Vaya por delante que la víctima, si se lo permite el ordenamiento, podría ser un litigante, y su interés es idéntico al que suele poseer éste. Que voluntariamente decida no participar en el proceso, como puede hacerlo en España, o que no se le permita dicha participación como acusación en el proceso penal, como sucede en otros Estados, no tiene trascendencia alguna en cuanto a la consideración de su interés, que determina la valoración de su declaración. Por ello, concluyamos que la víctima no es más que una subespecie de los casos que estamos considerando en este grupo de apartados.

Siendo ello así, se le aplican todas las consideraciones generales que vimos en su momento. De hecho, ésta ha sido la línea de la jurisprudencia a la hora de concretar los requisitos para considerar prueba de cargo al único testigo-víctima. Se ha hablado de la necesidad de que exista ausencia de incredibilidad subjetiva en el testimonio debida a móviles espurios en el declarante,

---

[119] De hecho, la doctrina se limita a decir que es un testigo, pero no da más razones de ello, pese a que el tema es discutido. *Vid.* H.-H. KÜHNE, *Strafprozeßrecht*, Heidelberg, 1999, p. 105. C. PETERS, *Strafprozeß*, Heidelberg, 1985, p. 193.

[120] En su afán por suprimir la antigua «confesión», que forzaba con violencia incluso un reconocimiento de culpabilidad por parte del reo, el legislador la suprimió, aunque descuidando regular, en su lugar, la declaración del imputado. Lo explico en NIEVA FENOLL, *El «último» proceso inquisitivo español*, cit., pp. 189-190.

existencia de corroboraciones periféricas y persistencia en la incriminación, que es lo mismo que decir coherencia en el relato de la víctima. Es decir, que no se desdiga ni se contradiga [121].

Pero con todo ello, lo que confirma el Tribunal Supremo es que la declaración de la víctima debe ser valorada como la de cualquier otro litigante, porque en nada difiere lo que se acaba de decir, de lo indicado en el epígrafe general sobre las declaraciones de litigantes. Y en vista de lo dicho en ese epígrafe, tendría que realizar ahora las matizaciones en cuanto a la coherencia, que ya indiqué, en el sentido de que no era invariablemente una señal de verosimilitud, sino que podía convertirse en una evidencia de todo lo contrario. Y habría que añadir la cuestión de los detalles oportunistas, aunque también observados con la extrema cautela que recomendé en su momento.

La pregunta es si con respecto al testimonio de la víctima es preciso añadir algo más. Y la respuesta es que por mucho que se haya mitificado este tema, al hilo de la jurisprudencia citada, lo cierto es que no, al menos desde el punto de vista del juez. En la víctima no concurre ninguna circunstancia especial que no aparezca en cualquier otro litigante. Tiene ánimo de ganar el proceso, sin más. Y por ello, cuando en un litigio deba valorarse el testimonio de la víctima en contraposición al del imputado, si no hay más pruebas no quedará otro remedio que analizar por separado ambas declaraciones, determinando a través de los parámetros ofrecidos en su momento, cuál resulta más creíble. Y advierto ya de que el resultado, en caso de que no haya corroboraciones del testimonio de la víctima, puede ser muy desgraciado para la misma, puesto que en aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del reo, no quedará otro camino que absolver. Pero es que existiendo dicha presunción de inocencia, y debiendo regir dicha presunción por las razones reiteradamente indicadas en este trabajo y por demás conocidas de todos, no existe otra alternativa razonable. Careciendo de corroboraciones el testimonio de la víctima, es muy difícil, por no decir imposible, que sea creída. Además, si ni siquiera presenció los hechos, su testimonio será habitualmente inútil a la hora de determinar la culpabilidad del imputado.

Por completo diferente es el caso si la víctima sí que presenció los hechos. De hecho, la jurisprudencia del único testigo-víctima entiendo que, en realidad, pretendía referirse solamente a este supuesto. Es decir, al de los delitos clandestinos, cometidos en la sola presencia de la víctima, teniendo incluso al cuerpo de la víctima en ocasiones como objeto del delito. En estos casos es posible que no existan otras pruebas que el testimonio de la víctima y el del imputado. Y en este supuesto sí que es necesario afrontar la cuestión de modo diferente, puesto que en caso de que el testimonio de la víctima se declare sistemáticamente increíble por falta de corroboraciones, no será posible pronunciar una condena en muchísimos casos de agresiones sexuales, lesiones, y hasta robos. Y es que en la mayoría de estos supuestos no existen dichas corroboraciones, y el imputado puede urdir una coartada incluso con cierta facilidad.

[121] *Vid.* ampliamente STS 28-7-2009 (núm. rec. 2259/2008), FD 2.

Todo ello favorecería una peligrosísima impunidad, y por consiguiente debe ser evitado en la medida de lo posible. En estos supuestos el testimonio de la víctima puede no ser coherente, precisamente por el estrés postraumático que puede padecer como consecuencia de la agresión. Derivado de lo mismo, es bastante sencillo que la víctima no pueda contextualizar una parte de lo sucedido, y que tenga recuerdos solapados que le hagan incurrir en contradicciones. No hay acuerdo, además, de los psicólogos en este sentido. Póngase por ejemplo que, al parecer [122], la víctima de un accidente suele aportar más datos sobre la localización y circunstancias del accidente [123], y en cambio los testigos no accidentados suelen tener más recuerdos sobre las personas de los accidentados. Si ello es así, es posible que la víctima sepa decir dónde estaba y qué se hallaba haciendo cuando se produjo la agresión, pero sólo pueda recordar los rasgos físicos del agresor con gran dificultad, incluso teniendo la serenidad suficiente para fijarse en él.

Como se ve, todo son dudas, y no parece, verdaderamente, haber auténticos caminos de una solución objetiva en este caso concreto. Una excesiva coherencia puede ser reveladora de falseamiento, pero una incoherencia puede desvelar un embuste. A la vez, el hecho de que la víctima recuerde el entorno de los hechos no tiene mucho que ver con que sea capaz de recordar los rasgos físicos del agresor, por lo que no es un dato a tener especialmente en cuenta en este caso concreto, a los efectos de su identificación. Además, suele no haber corroboraciones periféricas en estos casos. Y si, por añadidura, la víctima y el acusado se conocían previamente, son esperables detalles oportunistas en la declaración de uno y de otro. Pero nada de ello es suficiente para dar por auténtico o por falso el testimonio de cada uno. Es más, si la víctima carga demasiado las tintas en este sentido oportunista sobre su supuesto agresor, lo más normal es que salga absuelto porque el juez aprecie móviles espurios.

Por tanto, debe reconocerse que la valoración del testimonio de la víctima en estos casos excede en mucho lo que puede esperarse de la formación media de un juez, incluso con conocimientos de psicología del testimonio. Asumamos que no hay forma de fijarse realmente en ninguno de los criterios que se han ofrecido hasta el momento, porque el supuesto del único testigo-víctima, por sus peculiares características ya enunciadas, se distancia por completo de lo que son el resto de litigantes en cuanto a las dificultades de su apreciación. En estos casos, es absolutamente insuficiente que el juez aprecie la prueba fijándose en los citados detalles de la declaración, porque no le guían realmente. Y mucho peor es que pretenda salir de este callejón sin salida intentando valorar las variables conductuales durante la declaración de la víctima, como un *amateur*. Si ello es rechazable en cualquier caso al carecer el juez de suficientes conocimientos para ello, en este complicado supuesto todavía resulta más inadmisible.

Por ello, como se viene haciendo con cierta frecuencia [124], habría de ser necesario en estos supuestos de ausencia de corroboraciones periféricas, que

---

[122] MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 117.
[123] Cfr. IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, cit., p. 30.
[124] STS 12-5-2009 (núm. rec. 11582/2008), FD 1.A.I.

se busque el dictamen pericial de un psicólogo del testimonio a fin de que, realizando la correspondiente entrevista cognitiva, ilustre al tribunal sobre los posibles elementos de credibilidad de la víctima. Incluidos, en su caso, los conductuales, si su formación le permite realizar ese dictamen, aunque con todas las reservas expresadas sobre los mismos en su momento. Al menos el psicólogo sí que es un experto en la conducta humana, pero no lo es un juez, como tampoco lo es ningún otro jurista que no tenga específica formación psicológica a tal efecto.

El dictamen, como es obvio, no será dirimente [125]. Y aunque la pericia llevada a cabo no pueda ser considerada como una corroboración periférica porque deriva de la propia declaración de la víctima, al menos sí que suministra al juez los conocimientos que le faltan para valorar debidamente el resto de extremos de la declaración, es decir, su coherencia, contextualización, etc., observando qué le han parecido al psicólogo las respuestas de la víctima y cómo las ha interpretado. Sopesando la credibilidad que le merezca la declaración del imputado sería posible pronunciar una sentencia en este supuesto que pudiera acercarse en la mayor medida posible a la realidad.

De otro modo, la valoración de la prueba no seguirá criterios objetivos. Contando con el dictamen pericial, el juez podrá decir al menos por qué se adhiere al mismo o discrepa de él. Pero sin dicho dictamen, lo que va a ocurrir es que el juzgador pronuncie su sentencia por intuición, valorando indebidamente los diversos parámetros de la declaración, o mucho peor, sin hacerlo en absoluto, dejándose llevar por la «impresión» que le produzca la víctima, momento a partir del cual se verá perjudicado por toda la lista de prejuicios, inclinaciones y demás opiniones sociológicas que posea, lo que, como vimos en su momento, no es la mejor manera de valorar la prueba. Por ello, en estos casos debería ser esencial la práctica de la prueba pericial sobre la declaración de la víctima, cuyo dictamen resultante será valorado en el sentido indicado, aunque este punto será completado con mucho más detalle en el epígrafe posterior en que se aborde la prueba pericial.

3) *El silencio del litigante*

Otra de las posibilidades que, desde luego, existe durante la práctica de la prueba, es que el litigante se niegue a declarar. El tema tiene dos perspectivas distintas, desde el proceso civil y desde el proceso penal.

---

[125] Como acertadamente recuerda la sentencia acabada de citar de 12-5-2009: «Conviene no alterar la funcionalidad del dictamen pericial extendiendo su significado procesal más allá de lo que forma parte de su propia esencia. El fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 de la LECrim.). Apreciar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial».

En el proceso civil, el art. 307 de la LEC impone una sorprendente norma [126], de la que se deduce de que en caso de que el litigante se niegue a declarar, o lo haga a través de evasivas, el juez podrá tenerle por conforme en cuanto a los hechos preguntados, si estos le fueren perjudiciales. Y digo que es sorprendente, no porque la norma no posea una cierta tradición histórica, sino porque parece poco aceptable que la consecuencia de guardar silencio sea más negativa que la de mentir con algo de habilidad. Es decir, si el litigante declara sobre unos hechos, pero miente, el juez simplemente no tendrá en cuenta su declaración.

En cambio, si guarda silencio, el juez le puede tener por «confeso». Y utilizo esta palabra, fundamentalmente, porque el art. 307 está formulado como si perteneciera a la antigua confesión en juicio, y no a la actual declaración de parte. Hoy en día la intención legal es que el letrado pregunte al litigante, y no que le realice afirmaciones sobre los hechos, lo que, además, es contrario a una buena técnica del interrogatorio, como vimos anteriormente. Si ello es así, no se entiende cómo podría fijar el juez los hechos como ciertos, a raíz del interrogatorio, si el letrado no los afirma como si se tratara de las antiguas «posiciones».

La norma, hoy en día, carece de razón de ser y debiera ser suprimida, o al menos reformulada. Trata de abundar en la existencia de la probidad del litigante y su buena fe, proclamada como principio en el art. 247 del mismo texto legal. Pero no sancionando la ley el hecho de que el litigante mienta, no acaba de entenderse cómo es posible que pueda perder el proceso por guardar silencio. La norma, no obstante, no es de prueba legal, y no sólo porque no constituya una obligación para el juez el hecho de declarar confeso al litigante, y ello sea simplemente una posibilidad, teniendo el precepto un valor simplemente admonitivo.

La disposición, en realidad, tiene una naturaleza más próxima a la carga de la prueba que a la prueba legal, porque fijémonos en que en este caso el juez no está valorando un contenido probatorio, sino que está apreciando las consecuencias de una conducta del litigante, lo que es propio de la carga de la prueba. El juzgador, en realidad, tiene ante sí el vacío. Y la ley le sugiere que interprete ese vacío valorando la conducta de quien lo ha provocado. Ello es lo propio de una norma de carga de la prueba [127]. Por tanto, el tema en el proceso civil, aparte de lo ya indicado, se escapa del ámbito de la valoración.

En el proceso penal el asunto es todavía más curioso. No existe ninguna norma que obligue a apreciar de un modo o de otro el silencio del demanda-

[126] **Art. 307. Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales.** 1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

2. Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.

[127] *Vid.* NIEVA FENOLL, *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba*, cit., pp. 1035 y ss.

do, y mucho menos el de la víctima. De hecho, el art. 520.2.*a)* de la LECrim., en conexión con los arts. 17.3 y 24.2 CE, al igual que muchas disposiciones del Derecho extranjero [128], reconoce el derecho del acusado a guardar silencio, en prevención de la tortura [129], lo que además es una conducta que pertenece claramente al derecho fundamental a la defensa, como reconoce la doctrina [130].

La conclusión, por tanto, es evidente. Existiendo el principio de presunción de inocencia, una actitud defensiva del acusado arrojando al proceso un vacío probatorio, bajo ningún punto de vista puede ser interpretado como un elemento de juicio en el que poder basar su culpabilidad. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [131], la del Tribunal Supremo [132] y en parte también la del Tribunal Constitucional [133], han despertado algunas dudas al respecto, dado que bajo el eufemismo de valorar,

---

[128] *Vid.* art. 55.2.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional: «Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: (...) *b)* A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia». El art. 67.1.*g)* del mismo cuerpo normativo dispone: «En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: (...) *g)* A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia».

[129] F. Ortego Pérez, «Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (interpretación jurisprudencial del *ius tacendi*)», *Diario La Ley,* núm. 6.418, 9-2-2006.

[130] *Vid.* Ortego Pérez, «Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio», cit., a quien voy a seguir en toda la explicación que seguirá.

[131] Asunto *Murray c. reino Unido,* S. 8-2-1996: «(...) el Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación "puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable"».

[132] STS 29-9-2009 (núm. rec. 635/2008) FD 9: «De ahí que cuando la defensa del acusado ha podido formular al testigo las preguntas que ha considerado pertinentes en orden a la defensa del acusado y el testigo —por su condición de coimputado— se ha negado a contestarlas, haciendo uso de su derecho a no declarar (art. 24.2 CE.), con independencia de que el Tribunal sentenciador podrá valorar convenientemente su silencio, habida cuenta especialmente de las preguntas a las que haya dejado de contestar (...)». Esta tendencia ya venía de antiguo, además, como descubre Ortego Pérez, *op. cit.,* a través de la STS de 1-10-1992 (núm. rec. 81/1992), FD 1: «El imputado tiene, desde luego, legítimo derecho a declarar o no declarar y nadie puede obligarle a hacerlo en uno u otro sentido, y si declara sólo lo hará en los términos, respecto a su contenido, que quiera, pero este principio esencial es perfectamente compatible con la valoración, igualmente legítima, que el Tribunal hace, incluido el hecho de no querer declarar. De la no declaración, sin más, no podrá nunca obtenerse una presunción de confesión de hechos o de participaciones, pero si otras pruebas imputan a una persona un hecho y aquélla no quiere declarar, no podrá, con toda obviedad, por imposibilidad al mantenerse en silencio, contradecir los argumentos contrarios e introducir así la convicción de lo opuesto a la tesis acusatoria ante el juzgador o, en último término, incorporar la duda razonable de existir que habría de ser interpretada siempre en favor del reo».

[133] STC 38/2003, FJ 6: «El supuesto que analizamos no es uno de los recogidos en los arts. 714 y 730 de la LECrim. No estamos aquí ante una rectificación o retractación de un testimonio sobre la que se puedan pedir explicaciones a su autor, ni ante una prueba cuya reproducción sea materialmente imposible, sino en el trance de analizar la virtualidad probatoria de la declaración del recurrente, que asistió al acto del juicio y que, como antes se dijo, ejerció su derecho a no declarar, guardando silencio ante la pregunta de las acusaciones y de su propia defensa. Desde la perspectiva

no el silencio, sino la «decisión de guardar silencio» del acusado, en realidad están valorando su conducta en el proceso como si estuvieran aplicando una norma de carga de la prueba. En España, la tendencia ha venido en parte favorecida por el tenor, algo inquisitivo, del art. 714 de la LECrim. [134], que permite al tribunal destacar al acusado las diferencias de su declaración en el juicio oral con respecto a la que realizó durante la instrucción. Pero sólo permite eso, destacar esas diferencias, y no inferir valor probatorio alguno del silencio.

Personalmente, y con el máximo respeto por la opinión contraria que, además, tiene un sólido respaldo jurisprudencial, no me parece que en el proceso penal quepa atribuir legítimamente valor alguno al silencio desde ningún punto de vista [135], ni siquiera a la decisión de guardar silencio. Es evidente que el acusado que guarda silencio puede hacerlo para ocultar datos que puedan ser utilizados en su contra. Lo que ocurre es que la presunción de inocencia nos obliga a no tener en cuenta ese dato, porque si no fuera así, el efecto de su silencio sería aún peor que el que tendría el hecho de que declarara contra sí mismo. Aunque la jurisprudencia manifieste que el valor de ese silencio es meramente corroborador de lo que se desprende de otras pruebas, no creo que de ahí deba extraerse un elemento de convicción, puesto que si ya existen esas otras pruebas, honestamente no entiendo qué valor añadido puede tener el silencio, si no es porque lo que ocurre en realidad es que esas pruebas son insuficientes, y el juez lo que busca es encontrar un elemento corroborador en ese silencio, de nuevo actuando como si estuviera aplicando una norma de carga de la prueba, que obliga precisamente a valorar esa conducta probatoria de las partes [136].

Si en el proceso civil esa manera de proceder ya era discutible, en el proceso penal es simplemente inadmisible. Si el acusado guarda silencio en la instrucción y en el juicio oral, los jueces simplemente tendrán que prescindir de dicho acusado como elemento probatorio. Si el imputado declaró durante la instrucción y se negó a hacerlo durante el juicio oral, pese a lo que mantiene la jurisprudencia, me parece propio de un sistema inquisitivo utilizar lo que dijo durante esa instrucción para condenarle, porque las únicas pruebas a valorar, según cuanto ordena sin ninguna duda el art. 741 de la LECrim., son las practicadas en el juicio oral. Y si resulta que en dicho juicio el acusado guardó silencio, no podemos traer al juicio oral su declaración de la instrucción, porque estaríamos falseando el cometido de ese juicio. Los únicos supuestos en que está permitida la reproducción de diligencias de la instrucción en el juicio son aquellos en que no pueda practicarse ya la prueba

---

de la inmediación, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio. Pudo por ello valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores».

[134] **Art. 714.** Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.

[135] Coincido con I. VELAYOS MARTÍNEZ, «El derecho del imputado al silencio», *Justicia,* 1995, I-II, p. 90.

[136] *Vid.* OTEIZA, «La carga de la prueba», cit., p. 206.

en el juicio oral, «por causas independientes de las partes». Y dicho silencio es simplemente el ejercicio de un derecho del acusado, que no puede interpretarse, ni tan siquiera tangencialmente, en su contra.

La única norma que puede acercarse a algo similar a la carga de la prueba en el proceso penal, aunque no lo sea en realidad [137], es la presunción de inocencia. Derivar la culpabilidad del silencio del acusado, o de su falta de colaboración activa, no es más que convertir a dicho imputado en un simple objeto del proceso penal, como fue durante el periodo del proceso inquisitivo, cuando actualmente es evidente que es un sujeto del mismo.

Por tanto, recapitulando, de todas las normas que deducen conclusiones probatorias de los silencios de las partes, solamente cabe decir que son vanos intentos de deslizar normas de carga de la prueba en momentos en los que no es oportuno. La carga de la prueba sólo tiene una utilidad si no existe prueba alguna que valorar, o la misma es manifiestamente insuficiente. En ese caso, en el proceso civil se puede valorar la conducta probatoria de las partes utilizando el principio de facilidad o disponibilidad probatoria, como es sabido. Pero sólo en ese caso. Sin embargo, si en el proceso penal no hay prueba, o ésta necesita de corroboraciones tan burdas y contrarias a derechos fundamentales como la valoración del silencio del acusado, simplemente hay que absolver, porque así lo manda el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

4) *La declaración del representante*

La posibilidad de declarar a través de un representante siempre ha sido polémica. Históricamente se remonta a los tiempos en que los auténticos litigantes no deseaban acudir al proceso para no sufrir la infamia pública, o simplemente para no revelar sus carencias discursivas o de cultura jurídica, o incluso por tratarse de un grupo de litigantes excesivos en número que, para facilitar las cosas, designaba un representante [138]. En todo caso, el representante, si lo es de una persona física, puede no ser quien ha intervenido personalmente en los hechos, como sucede con un representante voluntario normalmente. Pero también podría haber intervenido en los mismos, como es frecuente que suceda cuando la representación es de menores o incapaces. Y si el litigante es una persona jurídica, el representante es, al margen de los testigos, el único que podrá informar de lo acaecido, con la diferencia de que lo que declare «personificará» a esa entidad ideal que es la persona jurídica, pública o privada.

Por ello, el tema es complejo, porque no nos estamos refiriendo solamente a un supuesto concreto, sino que bajo la cobertura de la representación se acumulan varias figuras que deben ser distinguidas, al menos en parte, a

---

[137] *Vid.* Nieva Fenoll, «Imprecisiones privatistas», cit., pp. 39 y 41.

[138] Ese pudo ser el caso que describo en J. Nieva Fenoll, «El primer escrito judicial de Hispania: reflexiones de Derecho Procesal sobre el Bronce II de Botorrita o *Tabula contrebiensis*», en *Jurisdicción y proceso,* Madrid, 2009, pp. 147 y ss.

efectos probatorios, porque la información que van a ofrecer no va a ser la misma en absoluto y, por tanto, los parámetros vistos al hablar de la psicología del testimonio, tienen que ser adaptados a estos casos específicos.

El primer impulso a la hora de clasificar los supuestos a tratar conduciría a distinguir los supuestos de valoración probatoria en función de los tres tipos de representación que distingue la Doctrina. Y así se diferenciarían el representante que personifica a una persona jurídica o a un ente sin personalidad [139], el representante de un menor o incapaz, y el representante voluntario. Pero sin embargo, esta clasificación es inconveniente a la hora de examinar la valoración probatoria de los distintos representantes, porque atomiza la explicación en un crisol de casos y subcasos concretos que, además, no son tan diferentes entre sí la mayoría de ellos. Y en cambio, lo que se pretende en todo momento es establecer un criterio claro para proceder a la valoración con facilidad, sin otra complicación que el examen del relato del declarante.

Por ello, siguiendo la línea de pensamiento bajo la que se está examinando toda esta problemática, la única distinción útil a efectos probatorios es la que tiene en cuenta el nivel de información que posea el declarante. Y en ese sentido cabe diferenciar al representante con intervención en los hechos declarados, y a aquel que no la tuvo. Ello, además, no sólo distancia la tipología de la representación de los cauces del Derecho civil, sino que simplifica muchísimo la problemática y la sitúa en parámetros fácilmente controlables por el juez, que le permiten un juicio crítico más directo de la declaración, como veremos a continuación.

4.1) El representante con intervención en los hechos declarados

Éste es, realmente, el representante del que exclusivamente deberíamos tratar en este apartado, dado que es el único que se sitúa al mismo nivel que el litigante en cuanto a la información que puede aportar, y en cuanto a su interés. Me estoy refiriendo al representante de personas jurídicas —públicas o privadas— y entes sin personalidad, siempre que estuviera en activo en el momento de acaecimiento de los hechos y tuviera intervención en los mismos. Pero también se incluye aquí a la figura del delegado de dichos representantes, si él fue quien, bajo las instrucciones del representante, realizó el acto jurídico de que se trate. Y por supuesto también se inscribe bajo esta rúbrica al representante de menores e incapaces en cuanto a los actos en que hubiera intervenido personalmente, en las mismas condiciones que el representante de la persona jurídica.

Lo que tienen en común todos estos representantes, como dije, es el nivel de información que poseen. Se ha partido de la base, en este epígrafe, de que dichos representantes tienen intervención personal en los hechos declara-

---

[139] Correctamente acumula ambas especies JIMÉNEZ CONDE, *El interrogatorio*, cit., pp. 77 y ss., en coincidencia con lo dispuesto en el art. 309 de la LEC.

dos, y como representantes que son, aunque solamente sea por las responsabilidades civiles y penales en las que pueden incurrir, es evidente que tienen un interés personal equiparable al del litigante en el proceso. Por tanto, no son meros testigos, porque en estos casos las partes auténticas, o no pueden declarar (personas jurídicas, entes sin personalidad y supuestos severos de incapacidad), o bien sólo pueden hacerlo, en su caso, con restricciones fruto de su cuestionado discernimiento.

Todo ello quiere decir que en cuanto a la valoración de la declaración que efectúen, no se distinguen en absoluto del supuesto general de declaración del litigante, sin más matizaciones, por lo que todo lo dicho en su momento se puede aplicar aquí. Muy brevemente, son declarantes de los que puede esperarse una falsa coherencia en su declaración, la expresión de detalles oportunistas y que, al tiempo, si declaran verdad no tendrán más dificultades de las habituales en contextualizar su relato, aunque dicha veracidad sólo podrá confirmarse realmente a través de las corroboraciones periféricas. Y ello porque, repito, habiendo intervenido en los hechos y teniendo interés en los mismos, lo lógico es que defiendan su propia actuación. Y dicho esto se podría dar por concluido este epígrafe, si no fuera porque el Derecho positivo ha creado algunas complejidades un tanto artificiales, derivadas, en el fondo, del seguimiento de las tipologías de representación del Derecho civil.

El art. 309 de la LEC, cuando se trata de una persona jurídica privada, dedica todo su esfuerzo a que se localice al representante que en el momento de que se trate, interviniera directamente en los hechos, pudiendo coincidir o no dicho representante con el que exista actualmente. Incluso cuando hubiera actuado alguna persona sin ostentar realmente la representación, pero por delegación del representante, también se prevé que se traiga al proceso a dicho delegado. Y cuando se trata de una persona jurídica pública, teniendo en cuenta la inestabilidad de sus representantes, e incluso pensando en el hecho real de que dichos representantes pueden no tener un auténtico conocimiento de los hechos, el art. 315 de la LEC dispone que el interrogatorio se realice por escrito. Con respecto a la representación de menores e incapaces, las leyes no dicen absolutamente nada sobre la valoración de su declaración.

Analizando esta regulación a la luz de las conclusiones enunciadas en los primeros párrafos de este apartado, cabría decir que la del art. 309 es, en líneas generales, correcta. No se prevé ninguna especial valoración de la declaración de este representante, lo que conduce a la conclusión de que dicha valoración se realizará siguiendo los parámetros generales, lo que resulta acertado por las razones ya vistas. Se persigue que quien acuda al proceso, con independencia de que sea el actual representante del ente, se trate de quien lo fue en el momento del acaecimiento de los hechos, o al menos el que actuó como tal, dado que no siempre, como es sabido, el representante es consciente de la actuación del delegado, si este último ha sobrepasado los términos en que le había sido efectuado el mandato, caso en el que ni siquiera responde civilmente el mandante [140]. En este último caso, evidentemente, debe comparecer

[140] Art. 1.727 CC.

en el proceso el mandatario, de quien habrá de esperarse la misma defensa a ultranza de su actuación que realizaría cualquier otro litigante, por lo que tampoco la valoración de su declaración presenta ninguna distinción.

También resulta acertado que la ley no disponga nada sobre la valoración de la declaración de los representantes de menores e incapaces, nuevamente por lo mismo, porque si intervinieron en los hechos enjuiciados —que es el supuesto exclusivamente examinado en este epígrafe—, su testimonio es idéntico al de cualquier litigante, por las razones ya expresadas.

Sin embargo, no puede hacerse el mismo juicio positivo con respecto a lo previsto en el art. 315 de la LEC. Ya he expresado las razones por las que parece que el legislador se inclinó por establecer el interrogatorio escrito en el caso de las personas jurídicas públicas. Y debería añadirse ahora que quizás también ha obrado así porque los funcionarios, u otro personal encargado de los actos administrativos, llevan a cabo tantas actuaciones de similar especie, que es posible que su declaración no aporte nada al proceso porque no recuerden, en realidad, qué sucedió en aquella actuación administrativa concreta.

Pero debo destacar que todo ello es inconveniente [141] y, además, no presenta especialidad alguna con lo que sucede en cualquier persona jurídica privada de dimensiones relativamente grandes, puesto que en las mismas también se despachan determinados asuntos de forma mecánica. Sin embargo, no es ello lo importante.

Lo indico porque entiendo que el legislador no debiera haberse avanzado tanto al posible resultado de la prueba. Ciertamente es posible que el representante, o quien en su lugar intervino directamente en los hechos, no recuerde nada porque el acto sobre el que se le cuestiona sea tan habitual, que no perdiera ni un átomo de espacio en su memoria para almacenar ese recuerdo. Pero ello no quiere decir que sea absolutamente inútil para el proceso. Me explicaré.

La declaración de quien intervino directamente en los hechos, en el caso de la persona jurídica pública, puede ser especialmente relevante. Quizás no tanto en el proceso civil, pero sí en el proceso administrativo, a fin de descubrir el correcto uso de la discrecionalidad de los poderes públicos, por ejemplo, o averiguar la existencia de una desviación de poder. En estos casos, la declaración de quien representó a la persona jurídica pública puede ser vital para descubrir la arbitrariedad en la actuación administrativa, o al menos la falta de reflexión por el seguimiento de directivas verbales que, por ser justamente verbales, no se conocen oficialmente. La declaración del funcionario que siguió tales directivas —normalmente antijurídicas— informando de las mismas, se comprenderá que es auténticamente esencial.

Y todo ese valor de la declaración se pierde por completo si la administración de que se trate declara por escrito. O mejor dicho, más que la

---

[141] En este mismo sentido, JIMÉNEZ CONDE, *El interrogatorio*, cit., pp. 92-94, quien además da noticia del *iter* legislativo de este precepto, que no estaba concebido en un principio como quedó redactado finalmente, sino más en la línea de lo que propongo en el texto principal.

administración, el funcionario que realmente debiera haber comparecido o, peor aún, cualquier letrado de dicha administración, firmando en su lugar el funcionario en cuestión. A partir de ese momento, esa declaración en realidad ya no es más una declaración de parte, sino que se trata de una prueba documental a valorar como tal con los criterios que expondré más adelante.

Es decir, la declaración por escrito no es una auténtica declaración, con la espontaneidad que se trata de favorecer mediante la comparecencia del litigante. En realidad no es más que un falseamiento, una burla al sistema, que sólo puede ser descubierta si se analiza dicha declaración como la contenida en un documento, según acabo de decir. Pero ello le resta muchísimo valor a esta prueba, puesto que un documento no habla sino a través de sus líneas, mientras que a una persona al menos se le puede preguntar y replicar pidiendo aclaraciones, que un documento no va a ofrecer, por mucha crítica textual que se haga, como veremos en su momento.

4.2) El representante sin intervención en los hechos declarados

La persona que interviene en el proceso en ese concepto, a efectos probatorios, lo cierto es que no declara como litigante, por lo que su testimonio no puede ser valorado de ese modo. En realidad, el representante que no haya intervenido en los hechos sobre los que declara no es más que alguien a quien le han contado esos hechos, o ha procurado obtener información por su cuenta, a través de terceras personas que sí intervinieron, directa o indirectamente, en los mismos.

En esas condiciones, el tratamiento de este sujeto en este grupo de epígrafes es inadecuado, porque en realidad estamos hablando, con respecto a la información que posea de los hechos enjuiciados, de una especie de testigo de referencia, aunque bastante peculiar.

El representante sin intervención en los hechos no puede aportar información absolutamente fiable al proceso, porque como veremos más adelante, el testigo de referencia difícilmente puede aportarla, y aún más difícil resulta valorar la credibilidad de su testimonio. Pero además, en este caso, resulta que este testigo de referencia de los hechos es el representante del litigante en el proceso, por lo que no cabe esperar que la sentencia que se dicte le resulte indiferente, porque afecta a su representado. Y ello hace que en su testimonio, a las deficiencias habituales de un testimonio de referencia haya que sumar ahora todos los defectos que ya hemos visto que padece un litigante, y que no suele sufrir un testigo de referencia. Y por añadidura, es posible que tratándose dicho representante de un profesional del Derecho, por ejemplo de un abogado, realice una declaración perfecta, desde el punto de vista jurídico, para los intereses de su representado, pero nefasta para la averiguación de la verdad en el proceso [142].

---

[142] *Vid.*, al respecto, SERRA DOMÍNGUEZ, «Confesión y juramento decisorio», en *Estudios de Derecho probatorio,* Lima, 2009, p. 294.

Es decir, habrá que esperar de él todo tipo de informaciones oportunistas, intentando con su retórica imprimir fiabilidad a todo lo que dice que le dijeron, con referencias oportunistas constantes. En todo caso, puede tratarse de un material tan distorsionador a efectos probatorios, que bien valdría la pena prescindir de dicha declaración, salvo que sea completamente imposible localizar a quien sí fue el representante con intervención en los hechos. No obstante, el valor de todo lo que declare deberá ser tratado con extrema desconfianza, por las razones expresadas, y es aconsejable perseguir la reconstrucción de la pequeña historia del proceso a través de otros medios de prueba, y si acaso utilizar como elemento corroborador la declaración de este representante. Es decir, debe obrarse de manera inversa a como se ha propuesto hasta el momento. Otros elementos de prueba no servirán de corroboración al testimonio, sino que dichos elementos de prueba servirán para determinar los hechos, mientras que la declaración puede servir como corroboración.

Lo indicado no cambia demasiado cuando se trata de la declaración del representante de un menor o un incapaz. Si el que padece la *capitis deminutio* ha actuado por su cuenta, sin intervención del representante, la información que éste pueda otorgar será la que suponga él por conocer al menor o incapaz, pero sin más base que dichas suposiciones. O bien la que consiga que le cuente, en su caso, el incapaz, y él intente transmitir al tribunal. Pero en estos casos, además, puede existir, no ya una defensa a ultranza del incapaz por parte del representante derivada del afecto que sienta por él, sino, al contrario, un auténtico conflicto de intereses entre menor o incapaz y representante, por lo que a todos los inconvenientes antes enunciados, se añade ahora éste de la factible falsedad de su testimonio por unas u otras razones. Ello provoca que, verdaderamente, esta declaración haya de ser observada con una cautela tal, que incluso podría ser discutible que debiera servir como elemento corroborador, teniendo en cuenta que el representante, de un modo u otro, buscará impresionar al tribunal con su declaración para conseguir lo que desea, empleando para ello detalles nuevamente oportunistas de la personalidad o conducta habitual del incapaz. Quizás solamente puede ser útil su testimonio precisamente a estos efectos, para servir como elemento corroborador de un dictamen psiquiátrico imparcial. Pero no para dar informaciones fiables sobre hechos en los que no intervino en absoluto.

Por último, debe abordarse la figura del representante voluntario. Aunque ha podido tener alguna intervención en los hechos, en cuyo caso habría que aplicarle lo indicado en el anterior epígrafe, puede ser que su intervención en los mismos no haya existido, en cuyo caso no es más que, nuevamente, un testigo de referencia interesado que, además, no niega serlo, puesto que declara lo que su mandante le ha dicho que exprese en el proceso.

Su intervención puede tener algún sentido en los ordenamientos en los que aún está prevista la figura de la confesión o el juramento [143], puesto que

[143] *Vid.* **Art. 1.356 del Código Civil francés.** «*L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial*». También el **art. 2.731 Codice civile italiano**, en

lo único que hace el representante voluntario es prestar dicho juramento en lugar del litigante, confirmando así los hechos que su mandante quiso que confirmara, cumpliendo con el mandato. Pero ello le hace un sujeto de prueba inútil, porque no aporta ninguna información, limitándose a ser un mero instrumento del litigante. Por ello, la valoración de su declaración no tiene lugar en este caso.

C) ¿Posible valoración legal de la prueba de declaración de partes?

Después de todo lo visto, creo que podría ser considerado como al menos imprudente, disponer en cierta medida la valoración legal, en algún caso, de la declaración de un litigante. Y no solamente por su escasa fiabilidad derivada de su personal implicación en los hechos, sino porque es posible que los recuerde mal y, en consecuencia, se equivoque. Además, sólo es posible obtener alguna información útil de esta prueba valorando la declaración a través de los criterios expuestos, respetando los parámetros técnicos que se expusieron más arriba en cuanto a la forma del interrogatorio.

No obstante, los legisladores pasados [144] y presentes [145] se han dejado llevar por una máxima de experiencia que, en realidad, no se ajusta siempre y sistemáticamente a la realidad. Socialmente, y hasta jurídicamente [146], se ha estimado que aquel que reconoce algo negativo para su persona está diciendo la verdad, dado que se supone que nadie es tan estúpido como para perjudicarse a sí mismo. Y aunque ello pueda ser cierto en muchas ocasiones, tal afirmación no sólo prescinde de la evidente existencia de la autoinculpación con ánimo de encubrimiento en el proceso penal —que ya tuvo en cuenta el art. 406 de la LECrim., en 1882 [147]—, sino de la simple comisión de errores que reconoce la psicología del testimonio, y a los que acabamos de aludir. Es decir, no tiene sentido disponer como prueba legal algo que está tan cien-

---

relación con el art. 2.737: «*La confessione non è efficace se non proviene da persona capace di disporre del diritto, a cui i fatti confessati si riferiscono. Qualora sia resa da un rappresentante, è efficace solo se fatta entro i limiti e nei modi in cui questi vincola il rappresentato*».

[144] Antiguo art. 1.232 del Código civil español: «La confesión hace prueba contra su autor».

[145] *Vid.* entre otros: **Art. 2.733 del Codice civile italiano. Confessione giudiziale.** «*È giudiziale la confessione resa in giudizio. Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili*».

Art. 358. del Código civil portugués (Força probatória da confissão). «*1. A confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente*».

Cap. 35, Sec. 3 del Código de procedimiento judicial sueco. «*If, in a case amenable to out of court settlement, a party admits a certain circumstances, his admission constitutes full proof against him. If the party withdraws his admission, the court shall determine, in view of the alleged reasons for the withdrawal and other circumstances, the evidentiary value of the admission, if any.*

In cases other than those mentioned in the first paragraph, the court shall determine the evidentiary value of the admission with respect to the particular circumstances».

[146] Por todos, Jiménez Conde, *El interrogatorio*, cit., p. 167.

[147] **Art. 406.** «La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. Con este objeto, el juez instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieren conocimiento del hecho».

tíficamente refutado, por muy introducido que esté sociológicamente en el imaginario colectivo. Por tanto, la declaración de partes, ateniéndonos a ello, en absoluto habría de tener en ningún caso valoración legal.

Sin embargo, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española, así como algunos ordenamientos ya citados, todavía siguen esa anticuada y en buena medida errónea máxima. Y ello no puede dejar de sorprender, dado que la prueba de declaración de partes, en la citada Ley de Enjuiciamiento Civil, ya no es la prueba de confesión en juicio, porque no existe disposición de derechos en la misma, cosa que sí que sucedía en parte en dicha confesión. Si el litigante desea disponer de su derecho, lo correcto y más aconsejable es que lo haga a través de la renuncia expresa. Pero no tiene razón de ser alguna que se le dé por renunciado en virtud de sus declaraciones, porque puede ser, insisto, que esté incurriendo en errores involuntarios, y no creo que sea preciso amedrentar al declarante, ya desde el principio, con esa amenaza, que es completamente inconveniente para obtener los debidos frutos de un interrogatorio. Al contrario, hay que tener en cuenta que cualquier persona que declara ante un juez sentirá al menos un poco de inquietud, porque la situación es comprometida dado que se está debatiendo sobre sus derechos.

Por tanto, hay que crear las circunstancias para que las declaraciones se realicen con la mayor tranquilidad posible, y no parece conveniente que se empiece ya con una coacción al propio declarante de que según lo que declare, habrá perdido el proceso porque se le tendrá por renunciado, aunque no haya sido realmente consciente de ello. También es inconveniente, a efectos cognitivos, que el legislador parta en exceso de la base de que dado que un litigante no puede declarar objetivamente, como mucho puede reconocer la certeza de hechos que le presente la parte contraria, sin más. De ese modo, estando las dos partes conformes, el hecho es excluido de la actividad probatoria, resultado que, por cierto, tiene más de prueba legal que de prueba libre, y que puede explicarse solamente en el marco de un proceso civil, no ya dispositivo, sino mejor dicho a disposición de la arbitrariedad de los litigantes, pero esa ya es otra cuestión sobre la que traté anteriormente.

Pues bien, esa manera de ver las cosas es la que ha propiciado la persistencia de una norma de naturaleza muy discutida [148] en el art. 316 de la LEC. Dice la norma, como vimos anteriormente, que «si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial».

El precepto, es evidente, intentó dotar de una eficacia legal al interrogatorio en ese supuesto concreto recogido por la propia norma. Sin embargo, personalmente creo que ese intento se culminó sin éxito, porque el art. 316

[148] *Vid.* los autores ya citados anteriormente, A. de la Oliva Santos (con Díez-Picazo Giménez), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2000, p. 317. J. L. Gómez Colomer (con Montero y otros), *Derecho Jurisdiccional*, II, Valencia, 2002, p. 290. A. Díaz Fuentes, *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2002, pp. 161 y 162. J. Garberí Llobregat, *Introducción al nuevo proceso civil*, Valencia, 2002, p. 248. Ortells Ramos, *Derecho Procesal civil*, Cizur Menor, 2007, p. 387. Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2007, p. 438.

acaba instituyendo una regla de libre valoración, acompañada de una simple admonición. Fijémonos bien que el precepto comienza diciendo «si no lo contradice el resultado de las demás pruebas». Pues bien, si la ley admite esa contradicción [149], la norma ya no puede ser de valoración tasada. Como afirmaba LESSONA [150], en el sistema de prueba legal las pruebas tienen un valor inmodificable e independiente del criterio del juez, lo cual, además, se confirma a través de las conclusiones que ya expuse en la parte histórica. En el caso del art. 316, al juez se le permite el contraste con otras pruebas, por lo que se está disponiendo una norma de libre valoración [151], con la admonición al juez de que, con frecuencia, quien declara *contra se* está diciendo la verdad. Pero dicha admonición, evidentemente y por todas las razones indicadas, no puede convertirse en una norma que obligue al juez en todo caso a valorar en un determinado sentido.

Quizás podría decirse, más correctamente, que la prueba sería legal solamente si el interrogatorio fuera el único medio de prueba practicado en el proceso, supuesto que es realmente inimaginable, puesto que nadie inicia un proceso únicamente alegando su palabra, y nadie sensato se defiende si lo único que posee en su favor, igualmente, es su propio testimonio. También podría llegar a pensarse que el art. 316 recoge el supuesto de que hubiera más pruebas en el proceso, pero ninguna contradijera el resultado de la declaración de parte.

Pero fijémonos en lo que ocurre si las circunstancias son esas. Si existen otras pruebas que corroboran perfectamente la declaración, aunque se hubiera dispuesto sin ambigüedades la libre valoración el resultado sería exactamente el mismo, puesto que no es posible pensar razonablemente que si en un proceso todas las pruebas apuntan en un determinado sentido, coincidente con la declaración del litigante, el juez vaya a fallar en sentido contrario.

Incluso cuando no sea así y la única prueba existente en el proceso sea la declaración de un litigante que reconoce todo lo que es negativo, aunque no estuviera en la ley ese art. 316, el resultado sería exactamente el mismo en aplicación de las normas de carga de la prueba. Es decir, la situación es que el litigante no prueba nada de lo que podría utilizar en su defensa y, al contrario, asume como cierto lo que le perjudica. Pues bien, incluso aunque el juez prescindiera de esa declaración por considerarla poco sincera, el resultado sería exactamente el mismo: el litigante no prueba los hechos alegables en su defensa; existe, por tanto, una insuficiencia probatoria, que obliga a

[149] Que destaca X. ABEL LLUCH, «Valoración de los medios de prueba en el proceso civil», en AAVV, *Realismo jurídico y experiencia procesal.* Liber amicorum *a Serra Domínguez,* Barcelona, 2009, p. 76.

[150] C. LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, Parte General, trad. de E. AGUILERA DE PAZ, Madrid, 1928, p. 355.

[151] *Vid.* M. TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 401: «En efecto, resulta intuitivo que si el derecho a la prueba implica la facultad de la parte de usar todos los instrumentos de los que disponga para influir en la determinación del hecho, esto se traduce también en el derecho a la prueba contraria respecto de la aportada por la contraparte u ordenada de oficio por el juez. *Pero esto es precisamente lo que la prueba legal excluye al incluirse entre sus efectos el de hacer incontestable por las partes la afirmación del hecho cubierta de eficacia legal*». La cursiva es mía.

utilizar la institución de la carga de la prueba; en consecuencia, el resultado es que aplicando dicha carga, dicho litigante debe ser condenado, porque no probó los hechos que podrían haberle defendido.

En estas condiciones, es obvio que lo dispuesto en el art. 316 no pasa de ser una norma que trata simplemente de orientar al juez, pero sin un contenido auténticamente obligatorio, al estilo de las antiguas normas precursoras del sistema de prueba legal. Incluso respetando la que debió ser la intención inicial del legislador, recuérdese que el art. 21.1 de la LEC prevé que el juez pueda rechazar un allanamiento bien si está hecho en fraude de ley, bien supusiera una renuncia en contra del interés general, o bien implicara perjuicio de tercero. Con estos datos, no se comprendería que la misma Ley de Enjuiciamiento Civil dispusiera una norma que permita al juez rechazar el allanamiento en estos casos, y en cambio impusiera al juzgador aceptar todo lo que diga el litigante durante la práctica de un medio de prueba en estas situaciones. A la vista de la antinomia, para salvarla, creo que no cabe sino interpretar que el art. 316 dispone la libre valoración acompañada de una norma simplemente admonitiva, aunque ciertamente de una manera un tanto compleja.

4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL

Es una conclusión unánime en la Doctrina que el testigo es un sujeto ajeno al proceso, por no figurar como parte en el mismo. A primera vista, ello le podría hacer aparentemente más fiable que los propios litigantes, puesto que aunque la información que tenga quizás no la haya vivido con el interés de quien es parte, precisamente por esa circunstancia sí que podría considerarse que posee mayor objetividad.

Sin embargo, ello no es más que un tópico, tan repetido que hasta con mucha facilidad puede dar la sensación de ser cierto. No existen medios de prueba que, en general y *a priori*, sean más fiables que otros. Todas las pruebas tienen su potencialidad informativa, y solamente analizando las circunstancias que concurran en el supuesto concreto —aunque pueda ser en parte generalizable—, y practicando la prueba con las técnicas que nos recomienden los diversos expertos en cada materia, se conseguirá obtener la información deseada, o al menos podremos llegar a la conclusión razonable de que el medio de prueba no resulta aprovechable y, por tanto, podrá ser desechado motivadamente y con tranquilidad.

La prueba testifical ha sido la principal víctima propiciatoria de tópicos generalistas como ese, y de otros, en materia probatoria. Se ha partido de la base de que los testigos son perjuros que declaran falsamente, porque quien los trae al proceso ya se encarga de preparar la declaración que realicen. Aparte de la citada antes, ésa es la máxima de experiencia que impera en la mente de cualquier jurista, que es en buena medida contradictoria con la primera, la que defendía la mayor objetividad de los testigos en comparación con las partes.

Pero la máxima de experiencia es, también en este caso, anticuada y manifiestamente errónea. Y, además, contradice la fiabilidad que en la práctica, incluso inadvertidamente, otorgan los jueces a esta prueba, que es, como veremos, sorprendentemente mucho mayor de lo que se cree. Y es errónea fundamentalmente porque prescinde por completo de la posibilidad de valorar la declaración del testigo —y no la persona del testigo— a través de los criterios científicos que he venido ofreciendo hasta este momento, y que pueden hacer que la declaración de dicho testigo aporte realmente una información que pueda tener eficacia auténtica en el proceso.

Sin embargo, no es ello lo que se piensa normalmente. El testigo ha sido víctima de todo tipo de prejuicios, juicios injustos sobre valoración como prueba, disponiendo, por ejemplo, un sistema de tachas que está centrado en la persona del testigo, y no en su declaración, lo que ya de entrada, como se vio anteriormente, resulta francamente discutible. Incluso se ha dispuesto la existencia del delito de falso testimonio, que intenta perseguir al testigo que quebranta un juramento, intentando con ello, vanamente, que el testigo respete por el temor a la pena aquello que su falta de fe no le permite respetar. Y es que más que la amenaza de un castigo penal —o divino en otras épocas—, quizás hubiera sido más útil regular la celebración de un interrogatorio en las debidas condiciones y describir, con alguna precisión al menos, las máximas de experiencia que deben utilizarse en la valoración de esta prueba.

Veamos a continuación cómo los testigos sí que pueden aportar información utilísima para el proceso, teniendo en cuenta, evidentemente, sus limitaciones, que son las que condicionan cuáles son esas máximas a las que me he referido. Para ello es preciso establecer en qué medida el testigo está alejado del objeto del juicio, a fin de determinar la razonabilidad de todas las exclusiones y tachas que ha padecido dicho testigo a lo largo de la historia. Y una vez descrita esa situación, abordaré la cuestión de la credibilidad del testigo si el mismo no tiene sospecha de parcialidad.

A) El testigo con interés directo o indirecto en el asunto. Las tachas y las dispensas

Uno de los testigos que peor fama ha otorgado a la prueba testifical ha sido precisamente aquel en el que concurre alguna circunstancia que, de ser un juez, le haría parcial. Me refiero a los testigos que, en terminología tradicional, podrían ser tachados, tales como los familiares, los amigos, los dependientes, etc. Para el juez es muy difícil renunciar a tener en cuenta esas características, si le son conocidas. Y además, parece que es muy sencillo que el juzgador tenga presentes *a priori* esas circunstancias al escuchar la declaración, porque se quiera o no, si las conoce sin duda las tendrá en consideración, tanto por motivos psicológicos como sociológicos. O incluso por motivos estrictamente objetivos, porque la ley le obligue a tener en cuenta estas circunstancias, como es el caso con el sistema de tachas.

Pero con ello, como decía, se obliga al juez a valorar a los declarantes, y no sus declaraciones, y ello es al menos discutible simplemente porque tal

actuación no es realmente motivable en la sentencia, aunque pueda parecer lo contrario. Se le dice al juez que tenga en cuenta el hecho de la tacha en su valoración. Y en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil se le obliga a que tenga presente la tacha antes de que declare el testigo incluso [152], lo que tiene la finalidad, algo vana, de asegurar la seriedad de la formulación de la tacha. Pero que va en contra del hecho de que, en puridad, antes habría que valorar la declaración y después, en su caso, a la persona del testigo, porque lo contrario implica prejuzgar su testimonio y hacerlo posible víctima del sesgo de confirmación [153] que vimos líneas atrás. Es decir, que una vez que el juez esté convencido de que está ante un más que posible farsante, no crea nada de lo que diga, por verosímil que objetivamente hubiera resultado. Y esa desconfianza, por sí misma, no es motivable en la sentencia, puesto que si no viene acompañada de un recuento de las razones por las que el testimonio —y no quien lo ha prestado— no resulta creíble, lo cierto es que puede convertirse en una simple discriminación, porque el hecho de que el declarante sea amigo o familiar del litigante no implica ya de por sí, sin más, que su testimonio no sea veraz.

Y es que fijémonos en que, efectivamente, el juez, según la Ley de Enjuiciamiento Civil, «tendrá presente» el hecho de la tacha, pero no se le obliga a explicar jamás el porqué, porque esa explicación se da por obvia y, de hecho, se convertiría en una tautología: «no creo al familiar, porque es un familiar». Esa sería la síntesis de su pensamiento, que escondería la intuición social de que los familiares no son creíbles cuando hablan de otro familiar. Lo cual no siempre es así, como se está percibiendo constantemente, por ejemplo, incluso en las partes civiles de los procesos de violencia doméstica, en los que, además, muchas veces los únicos testigos son los propios familiares.

Otro tanto sucede en el proceso penal. También se mira con desconfianza a otros testigos algo más alejados del objeto del proceso. Se permite, por ejemplo, la dispensa de los familiares del imputado (no así de la víctima) [154], simplemente porque se parte de la base de que van a declarar falsamente, sea en su favor, o sea en su contra si están enemistados. Se intentó disfrazar dicha realidad diciendo que se permitía tal dispensa para no enturbiar las relaciones familiares [155]. Pero lo cierto es que el origen de tales normas es la falta de credibilidad que merecieron los familiares históricamente [156].

---

[152] *Vid.* De la Oliva Santos, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 327-328.

[153] D. G. Myers, «Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido», cit., p. 175.

[154] Art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[155] De ese modo lo explicó Aguilera de Paz, *Comentarios*, cit., p. 604: «Además la excepción indicada respecto de todos los parientes designados en el núm. 1 del art. 416 se funda en la consideración potísima de que repugna a la propia naturaleza humana, y a los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por vínculos estrechos de parentesco, el que mutuamente puedan perjudicarse con sus respectivas declaraciones, exponiendo por su concurso unos a otros a sufrir las graves consecuencias de las imputaciones que en su contra hubieren de hacer, de no faltar a los deberes que la obligación de declarar impone».

[156] Es lo que se deduce tanto de la lectura del Codex, Lib. IV, Tít. XX, 6, como de la Partida III, Tít. XVI, Leyes 14, 15 y 16. De hecho no se hace referencia a nada de lo que dice Aguilera de Paz, y más bien estando estas normas junto a otras exclusiones, parece que la razón es, como dice Codex, Lib. IV, Tít. XX, 5, «*eos testes ad veritatem iuvandam adhiberi oportet, qui omni gratiae et potentatui fidem religioni iudiciariae debitam possint praeponere*» (trad.: «es oportuno que para favorecer la

De todo ello se deriva claramente que los legisladores han partido de un fundamento muy poco sólido por ser demasiado intuitivo: la incredibilidad de las declaraciones de estos sujetos. Se les ha colocado la etiqueta de interesados, no se confía en su testimonio, y se procura alejarlos del proceso, o al menos tratarlos con la prevención que impone una tacha o incluso una dispensa. Lo que corresponde averiguar a continuación es si a la vista de todo lo dicho en los precedentes epígrafes, esta actitud es adecuada.

Comencemos por decir que lo anterior, como resulta evidente y ya se ha dicho varias veces, supone valorar a la persona del declarante, y no su declaración, lo que ya implica, desde el punto de vista de una buena parte de los psicólogos del testimonio, un mal comienzo, o al menos un comienzo algo anticuado [157] y, en el fondo, un poco «lombrosiano», si se me permite la expresión. Y es que un adecuado interrogatorio podría hacer prescindibles los detalles objeto de la tacha, haciendo que la declaración de quien fuere, por mayor o menor interés que tuviera en la causa, pudiera ser útil.

Pero es que, además, el hecho de que el testigo pueda tener afecto u odio por las partes, o interés en el objeto del juicio, no tiene por qué afectar siempre y en todo caso a la objetividad de su declaración. Por supuesto que los motivos ideológicos, o sociológicos como los familiares o los de amistad, pueden influir al testigo en su declaración. El problema es que ello no es fácilmente demostrable, y en muchas ocasiones será absolutamente imposible de probar. Por añadidura, una cosa es que no se permita que un juez, que sea familiar de una de las partes, ejercite su función en ese proceso, porque en materia de imparcialidad judicial, no sólo es importante que la imparcialidad objetivamente exista, sino que, además, las apariencias también son esenciales [158], por la imagen pública de transparencia y ecuanimidad que debe ofrecer ante la ciudadanía el desempeño de su función. Pero muy diferente es que se excluya, *de iure* o *de facto*, también a un testigo, que no es un juez. Y es que en materia de prueba, creer simplemente en las apariencias es bastante inconveniente, como se viene demostrando a lo largo de toda esta obra.

Lo que ha intentado el legislador con toda esta parafernalia de tachas y dispensas, que como vimos en su momento fue muchísimo más amplia en el pasado, es simplemente evocar los prejuicios de cada época para simplificar

---

verdad, se presenten testigos que antepongan el debido respeto a la justicia a todo favor o poder»). Sólo de la Partida III, Tít. XVI, Ley 11 podría sacarse una conclusión contraria («*E esto es, porque los unos deven aver los otros como fijos, e los otros a ellos como padres*».), pero no parece lo suficientemente consistente, sobre todo cuando esa misma Ley 11 prevé a renglón seguido la posibilidad de declarar *de motu proprio*, pese a la existencia de la exclusión. En todo caso, queda claro que la cuestión no es tan evidente como afirmó Aguilera de Paz, al menos originariamente.

[157] Era, por ejemplo, una de las orientaciones que seguía Gorphe, *La crítica del testimonio*, cit., pp. 134 y ss.

[158] Como recuerda desde antiguo el Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia del TEDH. *Vid.* STC 145/1988, de 12-7-1988, FJ 5. «Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso *De Cubber,* de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso *Piersack*, de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados».

la labor judicial, especialmente en tiempos en los que el oficio jurisdiccional en muchas ocasiones no dependía de jueces profesionales y, por ello, antes que dejar que el juez aplicara sus propios tópicos en materia de valoración de la prueba, prefirió reflejarlos en la ley de manera más segura. Pero con ello, como se describió líneas atrás, se creó un sistema de prueba legal en relación con la testifical.

Y este esquema de tachas y dispensas no son más que los restos de aquel antiguo sistema [159]. De hecho, estas causas de parcialidad ya no son causas de exclusión, sino que han vuelto al esquema inicial en el que las normas de prueba legal eran simplemente admonitivas. El paso siguiente será probablemente que desaparezcan, no poniéndole trabas al juez en la libre valoración de la prueba.

Y es que la descrita es una forma un tanto burda de averiguar el posible interés del testigo en el objeto del juicio, porque dicho interés puede existir también al margen de las citadas circunstancias de tacha. Sin embargo, es muy importante determinar la existencia de dicho interés al margen de esas causas de parcialidad, pues en caso de concurrir el mismo, el testimonio de este testigo deberá ser valorado de forma muy similar, prácticamente idéntica, a la declaración de las partes. Ello se debe a que dicho testigo, aunque su interés es posible que no sea completamente idéntico al de los litigantes, deseará que venza en el proceso alguna de las partes, por lo que en este terreno no existen grandes diferencias en cuanto a la valoración probatoria de su testimonio y el de la declaración del litigante.

Dicho esto, la actitud correcta al interrogar a cualquier testigo es, de entrada, la de no tener en cuenta las posibles circunstancias que afecten a la imparcialidad de su testimonio, porque de lo contrario, como se viene de decir, es demasiado alto el riesgo de padecer el sesgo de confirmación. Por ello, no es adecuado ni que se formulen las tachas antes de que declare el testigo, ni tampoco que se le interrogue previamente sobre las llamadas preguntas «generales de la ley», muchas de las cuales también van enfocadas a percibir esa posible parcialidad [160]. Y no es adecuado porque, repito, todo ello condiciona al juez antes de escuchar al testigo. En todo caso, siempre que fuera

---

[159] Así lo confirman las quejas de BENTHAM, *Traité*, cit., pp. 13-14, y MITTERMAIER, «Die Fortschritte der Gesetzgebung», cit., p. 138, entre otros, sobre el antiguo sistema, que vimos en su momento.

[160] La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en sentido perfectamente contrario a lo descrito en el texto principal: «**Art. 367. Preguntas generales al testigo.** 1. El tribunal preguntará inicialmente a cada testigo, en todo caso:

1.º Por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio.

2.º Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus abogados o procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos.

3.º Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su procurador o abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.

4.º Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

5.º Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus procuradores o abogados.

6.º Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio.

posible —aunque normalmente no lo será [161]— sería procedente que conociera esos datos una vez ha declarado ya el testigo, justamente como colofón de su declaración, pero no antes, por las razones indicadas.

Porque de lo que se trata es de valorar objetivamente la declaración del testigo. Es decir, es preciso analizar si el relato que realizó fue coherente, si el testigo lo contextualizó, si se corrobora dicho relato con otras pruebas y si existieron detalles oportunistas en la declaración. Es decir, algo parecido a lo que, como ya vimos, sugiere la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo cuando se trataba de valorar la declaración del único «testigo-víctima» [162]. Carece de sentido limitar esa técnica a este caso concreto, puesto que la averiguación de la certeza de las declaraciones puede ser realizada de la misma forma con respecto a cualquier declarante, del modo que hemos venido procediendo a lo largo de los últimos epígrafes, aunque con los matices propios de cada caso concreto.

De esa forma, cuando declare quien realmente tenga interés directo o indirecto en el proceso, se observará lo mismo que con respecto al litigante: que el relato puede ser demasiado coherente y que aparecen detalles oportunistas. Ello será un primer indicio de que el relato es falso por las mismas razones que se dijeron al hablar de la declaración de partes, es decir, porque es posible que el testimonio esté preparado. Pero no es indudable que ello sea así. Habrá que esperar a la contextualización del relato —que únicamente podrá realizar realmente si es testigo directo— y a las corroboraciones periféricas, para lo que será necesario observar la resultancia del resto de medios de prueba.

Solamente en el caso de que el interrogatorio no resulte esclarecedor, porque se observe que concurren demasiados defectos de los citados, será posible valorar el testimonio teniendo en cuenta esas circunstancias de parcialidad, puesto que pueden servir para confirmar las sospechas. Y con ese antecedente del análisis detenido de la declaración, sí que pueden ser incluidas las causas de parcialidad en la motivación de la sentencia como elemento corroborador de la incredibilidad del testimonio. Pero ello como último recurso, desempeñando las mismas un papel similar al de la carga de la prueba. Igual que no es lícito utilizar la institución de la carga de la prueba sin antes haber intentado la valoración de los elementos probatorios que existan, tampoco es adecuado que a un sujeto, sea quien fuere, se le haga entrar en una sala de justicia poco menos que con la etiqueta de mentiroso en la frente. Por ello, cualquier testigo debe ser escuchado de manera igualitaria a cualquier otro declarante, dejando al margen todo tipo de juicios preconcebidos sobre su persona. Acompañado ello de la técnica narrativa de toma de

---

2. En vista de las respuestas del testigo a las preguntas del apartado anterior, las partes podrán manifestar al tribunal la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad.

El tribunal podrá interrogar al testigo sobre esas circunstancias y hará que preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia».

[161] Lo habitual será que el letrado de la parte contraria haga recuento de esas circunstancias tan pronto como pueda.

[162] STS 29-6-2009 (núm. rec. 10382/2009), FD 2.

declaración, ciertamente sería bastante probable acercarnos en buena medida a los recuerdos auténticos del declarante, incluso del testigo sobre el que pesa una causa de tacha.

Desde luego, lo más cómodo es hacer justamente lo contrario. Es decir, saber ya de antemano que es familiar o amigo o está interesado, y tras ello no escucharle prácticamente en absoluto, dando por descontado lo que va a decir. Esa conducta aboca a que el juez, en la valoración de esta prueba, no siga un esquema deductivo, como ya vimos líneas atrás que era lo debido, sino inductivo, puesto que buscará en la declaración detalles que le confirmen la falta de objetividad del testigo. Y aunque finalmente no los encuentre, en la sentencia declarará no creíble el testimonio simplemente porque se trató de un familiar o un dependiente, por ejemplo, lo que conduce, en el fondo y aunque no se sea consciente de ello, a un retroceso a los esquemas de la prueba legal [163].

En definitiva, el juzgador deberá valorar a estos testigos interesados como si no lo fueran, porque de otro modo se perderá el contenido de su declaración. Y una vez examinado con precisión dicho contenido, atenderá al hecho de que el testigo puede ser parcial. No tiene sentido que en el proceso declare el litigante, que es inevitablemente parcial, y que en cambio se rechace *de facto* la declaración de un testigo que, aunque pese una causa de tacha sobre él, puede ser completamente objetivo. Para saberlo no habrá otro remedio que escucharle, porque es de la única forma en la que podremos saber con mayor certeza si es o no realmente objetivo.

B) El testigo desinteresado

El testigo que tienen más presente las leyes, sin sospechas, al menos *a priori*, es justamente aquel del que sí que puede predicarse objetividad al no estar incurso, de entrada, en ninguna causa de parcialidad. Parece que es el

[163] Ello fue lo que pudo suceder en el proceso resuelto por SAP Madrid de 30-6-2009, Sección 14 (núm. rec. 818/2008) FD 3. En el mismo se ve claramente cómo el tribunal prescinde por completo de las declaraciones de los testigos, centrando la cuestión simplemente en su carácter de dependientes, juzgando la declaración a la luz de esa circunstancia: «(...) Hemos examinado la grabación del juicio, y las formuladas bajo el concepto de interés en el resultado del pleito, y vemos que no se ha especificado en qué consiste ese interés, lo que nos obliga a analizar ese concepto de interés y la declaración de circunstancias de los testigos. (...) De las declaraciones de los testigos vemos que D. Lucas, que era el jefe de obra en la época que ocurren los hechos, nos dice que preferiría que ganase DRAGADOS, y matiza que trabajó para DRAGADOS. La conclusión es clara, su preferencia personal no es significativa: ya no es trabajador de DRAGADOS, que pueda sentirse amenazado por las consecuencias laborales por razón de su testimonio. El testigo D. Fructuoso sí trabaja para DRAGADOS, pero su interés es muy difuso. No dice que tenga interés en que gane DRAGADOS lo que dice es: "si es de justicia debe ganar DRAGADOS" la consecuencia es que su interés es más que difuso; inexistente. El último D. Cipriano, si manifiesta que quiere que gane DRAGADOS, y dice que trabaja para dicha empresa. Es el mas dudoso, pero esa duda no llega a ningún sitio, porque ese testimonio no es bastante para anular el conjunto de los testimonios de los otros encargados de obra de DRAGADOS, con los que es plenamente conteste, ni mucho menos para destruir los resultados de la valoración conjunta de esos testimonios con los de los subcontratados que nos dan la idea clara de lo sucedido; la imposibilidad PORTANOR de asumir la obra, su abandono, y falta de terminación (...)».

único testigo que se considera legítimo, porque no se suele hablar del testigo tachado más que cuando la Doctrina se refiere precisamente a las tachas. Sin embargo, ya se ha visto que el anterior es tan testigo como el que vamos a tratar en estos epígrafes, y por ello he abordado su problemática en primer lugar, y también por el deseo de demostrar que aunque el testigo esté incurso en una causa de parcialidad, puede ser igualmente fiable.

No obstante, la valoración de su declaración es distinta a la del testigo interesado. Sigue los mismos parámetros, pero lo que vamos a encontrar no es un calco de lo que hemos visto hasta el momento, sino que se separa considerablemente de lo tratado. Hasta ahora hemos analizado supuestos de litigantes y testigos interesados, y justamente lo que caracteriza a estos testigos es que carecen de todo interés en el resultado del pleito.

Pero ello no debe hacer pensar que estos testigos sean completamente objetivos. No ya por los posibles fallos de su memoria, como ya se vio en su momento, sino porque es posible que se hayan impresionado por los hechos que vieron si fueron testigos directos, de manera que, en el fondo, sus emociones les lleven a desear que venza en el proceso una u otra parte. Ello es bastante incontrolable, pero no es descartable que pueda descubrirse tal motivación, que es importante determinar. Lo veremos seguidamente.

Por otra parte, con respecto a estos testigos también ha pesado muchísimo el tópico. Los testigos, tradicionalmente, han estado desprestigiados socialmente, sobre todo cuando los traían las partes, lo que solía —y suele— ser el caso más habitual. Todo ello ha impedido que sean examinados con rigor, porque fueran testigos tachados o bien traídos por las partes, siempre se encontraba la excusa para no atender a su declaración y, sobre todo, para evitar la valoración de esta prueba, que evidentemente es compleja, resultando mucho más cómodo, por supuesto, prescindir del testigo atendiendo al tópico.

Para proceder a la explicación se distinguirá entre los testigos directos y los de referencia, porque aunque pertenezcan al mismo género de sujetos procesales, su especie es completamente distinta, habida cuenta de que la información que pueden suministrar también es muy diferente, por lo que merecen un tratamiento completamente separado. Lo veremos a continuación.

a) *Testigos directos*

El testigo directo es aquel que estuvo presente en el lugar de los hechos, o muy cerca de él, y los percibió a través de alguno de sus sentidos. Lo que se suele tener más presente es que viera los hechos, pero también es perfectamente posible que los oyera, o simplemente que utilizara el olfato, el gusto o el tacto. Puede ser que el testigo oliera a gas en un lugar [164], o bien que siendo ciego solamente pueda percibir algunos detalles a través del tacto de algunas

[164] STS 30-9-2009 (núm. rec. 11602/2008), FD 2: «La acusada asumió el riesgo y puso en peligro cierto el bien jurídico protegido conociendo la existencia de gas en el recipiente como lo

personas o cosas [165]. O bien que utilizara el gusto, al detectar, por ejemplo, la presencia de una sustancia prohibida en una bebida alcohólica [166]. Sin entrar en consideraciones estrictamente técnicas sobre la fiabilidad de estos sentidos, que dependen lógicamente de los peritos en cada uno de ellos, debe exponerse en estos apartados qué aspectos de la práctica de esta prueba son controlables por un juez.

Ya se ha dicho muy reiteradamente que debe evaluarse la declaración del testigo y no detalles sobre su persona, al menos en primer lugar. De dicha declaración debe examinarse, como siempre, su coherencia, contextualización, corroboraciones y presencia de detalles oportunistas. Veamos en qué medida en cada caso concreto.

1) *Testigos que consten objetivamente en la causa*

Existe la creencia, algo paranoide en ocasiones, de que el letrado de alguna de las partes, normalmente la que propone al testigo, habrá preparado el testimonio para que éste lo exponga ante el juez. Ello no siempre es así, aunque se parta de esa base con carácter sistemático. Bien al contrario, aunque haya sido propuesto por las partes, hay que distinguir según la identidad del testigo conste en algún documento objetivo que acredite que el testigo presenció los hechos, o bien que sea el letrado el que proponga su declaración, no constando el nombre del testigo en ninguna parte antes de su declaración. De este primer caso me ocuparé a continuación, dejando para el siguiente epígrafe el segundo.

El documento objetivo puede ser, por ejemplo, el atestado de un accidente, en el que se hace constar los nombres de los testigos presentes en el momento en que acaecieron los hechos. Debe subrayarse el dato de que dicho documento debe ser verdaderamente objetivo, en el sentido de que evidencie que la presencia del testigo en el lugar de los hechos fue completamente casual, y no se dude realmente de la realidad de dicha presencia.

Ahora bien, también puede ser que dicho documento objetivo revele precisamente que puede existir algún interés del testigo, con independencia de si el letrado habló o no con él antes de la declaración. En ese supuesto deberá acudirse a lo indicado en el epígrafe correspondiente del testigo interesado. Si, por ejemplo, el testigo es un vecino de una finca en un proceso seguido

demuestra el olor percibido por los agentes, mostrándose en todo caso indiferente a las consecuencias que de ello pudieran derivarse, lo que conlleva en todo caso dolo eventual».

[165] STS 7-3-1990 (ROJ: STS 13637/1990), AH 1: «El día 3 de abril de 1986, tras superponer los números de un cupón relativo al sorteo del día primero de ese mes, lo entregó a Pedro Antonio, que posee un kiosco de venta de cupones de la ONCE en la Ronda de los Tejares de esta ciudad, quien le abonó 250 pesetas como premio y cupones por valor de otras 250 pesetas, ya que el figurado premio era de 500 pesetas. Sin embargo, el indicado vendedor, que está muy limitado en su visión ocular, detectó por el tacto de los cupones entregados, que éstos habían sido manipulados, lo que dio lugar a que persiguiese al procesado, logrando la devolución del dinero y los cupones, entregados».

[166] Un escabroso y repugnante caso en el que estuvo presente el sentido del gusto puede ser hallado en STS 22-7-2009 (núm. rec. 123/2009), FD 1.1.

por la Comunidad de propietarios contra otro vecino, el testigo en realidad es parte interesada, porque es uno de los propietarios. En caso de que el testigo sea socio de una persona jurídica en los pleitos de la misma, el caso será exactamente el mismo.

Sin embargo, si se trata de un homicidio acontecido en una Facultad de Derecho, frente a una de las aulas, y se acredita que el testigo justamente tenía clase a la hora que sucedió el crimen y estaba en el intermedio, el testigo puede ser fiable aportando la matrícula del alumno y los horarios y calendario académico de la Facultad. Éste es el auténtico testigo directo de los hechos, el que sin previo aviso se halla en el lugar de autos. De él es esperable bastante objetividad, con las matizaciones ya sabidas acerca de los fallos de su memoria y el posible impacto que le hayan causado los hechos, a las que me referiré después.

Pues bien, si se logra acreditar la casual presencia del testigo en el lugar de los hechos hasta el punto de que se desvanezcan las dudas sobre su objetividad, el dato de la coherencia de su testimonio es muy importante para valorar la credibilidad. Hasta el momento, con respecto al resto de declarantes he dejado bastante de lado ese aspecto, precisamente porque podía haber sido objeto de preparación entre el declarante y el abogado. Pero en este caso concreto que analizamos ahora, el hecho de que tenga coherencia interna la mayoría de lo que diga el testigo, podrá llevar al juez a concluir que el testimonio es veraz. Y es que si el testigo es coherente en toda su explicación y se encontraba casualmente en el lugar de los hechos, hay motivos fundados para considerar que su testimonio es veraz ya de entrada.

De este testigo también es muy esperable que contextualice el relato, precisamente porque estuvo en el lugar de los hechos, en la medida en la que se lo permitan los sentidos que utilizó. Quiero decir con ello que será un rasgo de veracidad que el testigo describa las condiciones de visibilidad de la estancia en la que se desarrollaron los hechos, haciendo una autoevaluación crítica de lo que pudo presenciar. Si el testigo manifiesta, por ejemplo, que está declarando sobre lo que vio, pero que las condiciones de visibilidad del lugar, o de ruido del local, no le dejaron percibir con toda claridad lo que se veía u oía, es más que probable que pese a las deficiencias de su percepción, esté contando realmente la verdad.

Además, este dato de la contextualización permite prevenir uno de los defectos más frecuentes que afecta a los testigos directos: el hecho de que quieran defender a capa y espada la corrección de su testimonio. Esa defensa es fruto de la «sensación de saber» [167] que vimos líneas atrás, así como del sesgo de confirmación [168], también referido, como finalmente del sesgo de exceso de confianza en el juicio emitido [169], con especial incidencia en el proceso penal. Si el testigo ya declaró en la instrucción, querrá mantener su

---

[167] Manzanero, *Psicología del testimonio*, cit., p. 49.

[168] Myers, «Intuición», cit., pp. 15-16.

[169] *Vid.*, por todos, B. Fischhoff, P. Slovic y S. Lichtenstein, «Knowing with certainty», cit., pp. 552 y ss.

testimonio en el juicio oral como sea para no parecer un testigo poco serio. Pues bien, ello le puede llevar a pasar por alto los errores que pudo haber cometido cuando prestó su primer testimonio.

Dichos errores pueden comprobarse mediante el análisis de la contextualización, pero también a través de las ya repetidas corroboraciones, aunque para ello habrá que esperar a conocer el resultado del resto de medios de prueba. No obstante, dichas corroboraciones son esenciales en la valoración de este testimonio, del que no son esperables mentiras, pero sí errores, por las razones ya referidas con anterioridad. Por ello, en este caso concreto, aunque pueda causar una gran impresión un testigo directo, dada la coherencia y contextualización de su testimonio, el análisis de esta contextualización no puede ser pasado por alto. Existe una enorme tendencia a no realizar este análisis en estos casos, porque la coherencia y la contextualización dan muchísima credibilidad al testigo, y además el juez en estos casos está confiado de que no se está dejando llevar por detalles retóricos como la vehemencia (aunque el testigo también pueda manifestarla), sino por datos objetivos de su testimonio.

Para la prevención de errores en la valoración a los que conduzca esta declaración del testigo, puede ser esencial la participación de los peritos, e incluso el reconocimiento judicial acompañado de una reconstrucción de hechos. Por ejemplo, es posible que el testigo exprese, sin ningún género de dudas, que vio claramente a través de su ventana cómo A mató a B. Quizás sea cierto lo que dice, pero el hecho de que exprese su testimonio «sin ningún género de dudas» no es excusa para no proceder a su comprobación.

Y dicha comprobación puede realizarse disponiendo el desplazamiento del juez al lugar de los hechos para comprobar la visibilidad de esa ventana, mediante el correspondiente reconocimiento judicial. Tampoco estaría de más que ordenase una comprobación forense de la agudeza visual del testigo. Y, por supuesto, aprovechando la toma de declaración, puede preguntarse al testigo si dada la hora del día en que sucedieron los hechos, llevaba sus gafas puestas en aquel momento, detalle que es posible que no recuerde ni siquiera el testigo. Todo ello son corroboraciones periféricas que provienen de pruebas cuya práctica es necesaria para acreditar un testimonio, como prevé un utilísimo precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, el art. 729 [170], que es manifestación de la enorme utilidad que pueden tener las facultades de oficio del juez en materia probatoria, consiguiéndose que se acredite con objetividad un hecho que ya está en el proceso.

---

[170] **Art. 728.** No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

Art. 729. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: 1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

3. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.

Por último, es esperable que este testigo aporte detalles oportunistas en un doble sentido: tanto para favorecer a una de las partes, como para dar más fuerza a su testimonio destacando la fiabilidad de sus capacidades perceptivas, o bien lo muy seguro que está de haber visto perfectamente lo que dice haber presenciado.

En el primer caso, a través de esos detalles oportunistas, no es que obre en connivencia con una de las partes, sino que lo que puede estar intentando en realidad es imponer la que él cree que debería ser la solución justa en el caso concreto. Ello ocurre con cierta frecuencia, porque todos poseemos un sentido de la justicia, y muy especialmente aquel que ha presenciado unos hechos antijurídicos, se ha impresionado con los mismos y, por tanto, estima que deben ser castigados. Desde luego, para averiguar este ánimo podría preguntarse al testigo sobre su ideología, o sobre su opinión sobre el asunto, aunque ello nos sitúa en la línea de lo inadmisible en un interrogatorio, puesto que teóricamente debe versar sobre hechos, y no sobre opiniones acerca de los mismos.

Pero debe añadirse que ello tampoco habría de ser extraordinariamente útil, salvo en casos extremos. Creo que un juicio demasiado severo sobre esos detalles expresados por el testigo, puede hacerle caer en un descrédito injusto ante el juez. Si, por ejemplo, el testigo presenció una agresión racista y, a la vez, él mismo es racista, probablemente intentará minimizar la trascendencia de lo sucedido. Pero difícilmente su «actuación» conseguirá ser tan eficaz como para que no se pueda comprobar la credibilidad de su testimonio con el análisis de la coherencia, contextualización y corroboraciones de la declaración, prescindiendo de esos detalles oportunistas. Y es que entiendo que es muy fácil —y muy burdo— para un letrado interrogador, hacer caer en descrédito a un testigo haciéndole confesar sobre su ideología. Las personas extremistas verdaderamente convencidas de su ideología pueden ser, además, extraordinariamente sinceras sobre lo que piensan y dicen, por lo que con independencia de lo rechazable que pueda resultar su ideología por ser contraria a los valores más esenciales de un Estado, su testimonio no puede ser por ello desacreditado sin más, sino que simplemente, como digo, habría que pasar por alto esos detalles oportunistas, que no hacen sino estorbar en la correcta percepción del testimonio.

Pero, desde luego, como se ha dicho, esas personas también pueden llegar a mentir, precisamente porque al hilo de su ideología crean que lo mejor es que el imputado sea condenado o absuelto. Por ello, me reafirmo en que esos detalles no deben ser tenidos en consideración, sino simplemente debe fijarse el juez en la coherencia, contextualización y corroboraciones del testimonio. Con ello, por muy sesgado ideológicamente que esté el sujeto, es posible que haya aportado informaciones útiles para el proceso. Si, en cambio, le rechazamos *a priori* por su ideología, en el fondo estaremos provocando un acto de discriminación, que además tiene negativas consecuencias para la valoración probatoria.

Ahora bien, pasando al segundo caso debe decirse que lo que es más frecuente es que los detalles oportunistas no sean más que simples apoyos

retóricos del testigo para dar más fuerza a su declaración, y que probablemente se trate de expresiones y gestos que utilice en cualquier otro discurso cotidiano. En ese caso, no se tiene que atender a esos refuerzos verbales o gestuales, porque no son de por sí indicativos de mentira ni de una especial propensión a un resultado del proceso. Son muletas del discurso, y poco más. Por ello, el juez no se debe dejar impresionar por los mismos, sino que debe atender solamente al contenido de lo declarado, sin más. Y es que dichas manifestaciones oportunistas, en este caso concreto, no tienen por qué significar nada a efectos probatorios.

2) *Testigos traídos por los letrados de las partes*

Si ha sido el letrado quien ha propuesto el nombre del testigo, y no consta el nombre de dicho testigo en ningún documento objetivo, como se dijo, lo más normal es que el testigo sea traído al proceso porque el letrado confíe en que su testimonio contribuirá a reforzar la defensa de su cliente. Es irreal pensar que en el mundo haya un letrado responsable que traiga a la causa a un testigo si no es en ese caso. Las partes no suelen estar interesadas en que en el proceso resplandezca la verdad, sino en ganar el proceso. Por ello, un letrado utilizará los medios de prueba que le sean más ventajosos a su cliente, y prescindirá del resto [171].

El letrado tendría que aportar su fuente de información para conseguir la identificación del testigo, dado que si no lo hace, la sospecha de parcialidad se cernirá sobre él en el momento de la valoración. Se trata de un testigo tan sorpresivo que estimo que esta acreditación de su origen debería realizarse en fase de admisión de la prueba. De lo contrario, podemos tener en el proceso a un falso testigo, que simplemente lo sea de referencia, y cuya referencia sea, además, el propio letrado. Ahora bien, una vez acreditada esa fuente, la declaración del testigo debe ser escuchada como todas las demás [172].

Si el letrado no logra justificar que este testigo consta en una fuente objetiva como observador directo de los hechos —en cuyo caso estaríamos en el supuesto del epígrafe anterior—, el testimonio que preste dicho testigo no

[171] TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 46.

[172] Es por ello por lo que la protección del testigo ocultando su identidad constituye un obstáculo grave para la defensa del imputado. Históricamente hubo muchos abusos en este sentido (*vid.* Á. ALCALÁ, «“Aquí la envidia y mentira...”. De las preguntas de Fray Luis de León en su proceso», en MUÑOZ MACHADO (ed.), *Los grandes procesos de la historia de España*, Madrid, 2002, p. 107), y por ello, siempre que no concurran gravísimos motivos para ello, la identidad de los testigos debe ser revelada para averiguar, precisamente, cómo se llegó a ellos. En consecuencia, el art. 4.3 de la *Ley Orgánica 19/1994 de 23-12 de protección a testigos y peritos en causas criminales*, debe ser interpretado en el sentido indicado. «Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley». Y si lo que se desea es, verdaderamente, proteger al testigo, habría que adoptar otras medidas en su protección, al amparo de la propia ley, pero que no vulneren el derecho de defensa de los imputados.

podrá ser valorado de la misma forma que acabamos de ver. Debe advertirse que esta clase de testigo es la que también ha contribuido, quizás principalmente, a desprestigiar a la prueba testifical, porque son bastante conocidos numerosos casos en los que las partes han traído al proceso testigos falsos.

Pero sin embargo, desconfiar *a priori* de su testimonio no es más que un error provocado por el heurístico de la representatividad [173], que vimos líneas atrás, porque lo cierto es que no en todo caso ocurre lo mismo. En muchos procesos, la mayoría, no existen posibilidades ni temporales ni de infraestructura de todo tipo para poder escoger a los testigos que, con absoluta seguridad, van a declarar algo favorable al mandante. Con frecuencia se elige a personas que se cree que van a declarar en un determinado sentido, confiando simplemente en que digan la verdad de lo que saben, porque la misma ya favorece al litigante que los propone. Pues bien, de todos es sabido que a veces los testigos no declaran lo que uno espera. En ocasiones, airados por no haber sido advertidos del llamamiento, declaran justamente lo contrario. O bien, al no haber podido ser debidamente preparados por el letrado, declaran libremente hechos que perjudican claramente la posición del litigante que los ha propuesto. E incluso en otras ocasiones, el testigo prescinde de la «preparación», porque teme ser reo de falso testimonio o simplemente porque le impresiona el acto de toma de declaración. Por último, debe tenerse en cuenta que esa posible conversación previa entre letrado y testigo acontece muchas menos veces de las que se piensa, a veces simplemente por falta de tiempo. En todo caso, en la enorme mayoría de los casos, el letrado nunca habrá podido preparar al testigo tanto como a su cliente-parte litigante, y ello porque, se quiera o no, lo habitual es que haya hablado muchas menos veces con él, si verdaderamente es un testigo desinteresado.

Nada de lo dicho en el párrafo anterior debe ser dejado de lado porque es verdaderamente frecuente. Por consiguiente, también en este caso, el testigo debe ser escuchado por el juez. Y los parámetros para valorar su credibilidad deberían ser parecidos a los vistos para los testigos interesados en el objeto del juicio, a fin de conjurar el riesgo que existe de que, efectivamente, hayan sido previamente instruidos por los letrados.

Si ello es así, evidentemente, la coherencia en el relato es esperable, pero no debe ser descartada de entrada como elemento de credibilidad, porque como se dijo, es menos probable que el letrado haya preparado al testigo que a la parte litigante. Las corroboraciones también son importantes, pero como ya he dicho varias veces, las mismas se comprobarán una vez concluida la declaración.

Lo verdaderamente importante en este testigo son las contextualizaciones del relato. Si realmente es un testigo falso y no ha estado en el lugar de los hechos, por muy bien que haya preparado su declaración, con un interrogatorio practicado en las debidas condiciones es muy posible que se descubra que está mintiendo, por ejemplo, según vimos algunos apartados más atrás,

[173] Kahneman y Tversky, «Subjective probability: A judgment of representativeness», cit., pp. 33 y ss.

pidiéndole que modifique la perspectiva de observación, declarando lo que cree que hubiera visto otra persona desde una perspectiva distinta. Si nunca estuvo en el lugar de los hechos será completamente incapaz de ejecutar ese cambio de perspectiva.

Téngase en cuenta, además, que este testigo no declara por impulsos emocionales, como los testigos interesados, sino que simplemente se trata de alguien a quien se ha corrompido para que declare unos determinados hechos. La preparación de tal testigo para que no falle en su declaración tiene que ser tan exhaustiva, que lo lógico es que acabe evidenciando sus mentiras desmoronándose, o bien simplemente insistiendo en la declaración de unos hechos que se han demostrado falsos en la declaración como posible fruto de sus flagrantes contradicciones. En ese caso fallará todo, la coherencia y la contextualización, por lo que el testimonio será evidentemente falso. No es de esperar que pueda corroborarse un testimonio incoherente, precisamente porque las incoherencias no son lógicas y salvo casos absolutamente excepcionales, no han ocurrido realmente.

En estas condiciones, la existencia de detalles oportunistas no añade nada a la valoración y, además, son poco probables en las declaraciones de testigos falsos. El falso testigo conoce de memoria una historia y se limita a repetirla. Acostumbra a tener bastante miedo de que se descubra su falsedad y, por ello, acostumbra a no salirse del guión para no fallar, como cualquier actor de teatro. Salvo que no se acuerde ni del guión e improvise, en cuyo caso, conociendo solamente a medias la historia, su improvisación es muy sencillo que acabe siendo bastante evidente. Por ello, que afirme hechos de forma gratuita para favorecer a alguna de las partes es poco probable, aunque si lo hace será mucho más sencillo identificar su falsedad.

b) *Testigos de referencia*

Con respecto a estos testigos, como ya se dijo en la parte histórica, la desconfianza siempre fue máxima, hasta el punto de haberse llegado en diversas ocasiones [174] a la expresa prohibición de este testimonio en las leyes anteriores a las codificaciones del siglo XIX. Actualmente, la jurisprudencia también refleja esa desconfianza [175], exigiéndose que se agoten todas las posibilidades de traer al testigo directo, valorando con suma cautela la credibilidad de este testigo.

En este caso es perfectamente lógico que sea así y tal desconfianza es razonable. Téngase en cuenta que con respecto a los testigos de referencia no se puede obrar del mismo modo que con el resto de testigos, dado que no han visto aquello sobre lo que declaran, sino que se lo han contado. Ello provoca que sean inútiles todas las ventajas de la contextualización del relato —salvo en lo que se refiere a las circunstancias en que les expresó el relato el testigo

[174] Partida III, Tít. XVI, Ley 28.

[175] STS 10-2-2009 (núm. rec. 763/2008), FD 8; STS 12-2-2009 (núm. rec. 10759/2008), FD 2; STS 26-6-2009 (núm. rec. 2506/2008).

directo— y los posibles cambios de perspectiva en la declaración que se sugieran al testigo durante el interrogatorio. Este testigo ni siquiera estuvo en el lugar de los hechos, por lo que no puede describir su contexto, y ni tan sólo puede imaginar una perspectiva diferente a la que le relataron. Por tanto, la falsedad de su testimonio es muy difícil de descubrir.

Es posible que ni siquiera ayude el hecho de recurrir a los datos de la coherencia del relato o a las corroboraciones periféricas, porque puede ser que lo que le contaron ya fuera incoherente de por sí y no estuviera corroborado, por lo que es muy probable que ni siquiera esté mintiendo, sino que le contaran una mentira que se creyó. Además, siendo probablemente más ajeno a la causa que ningún otro testigo, ni siquiera son esperables en él los comentarios oportunistas. Si a ello se le une el hecho de los posibles fallos de su memoria, que deben añadirse a los errores de la memoria de la persona que le contó los hechos, ciertamente podemos ir a parar a un auténtico callejón sin salida. Por ello, cuando debe valorarse la credibilidad de un testigo de referencia estamos ante un problema gravísimo, y no es de extrañar que las leyes antiguas acabaran excediéndose, prescindiendo de él, disponiendo una norma de valoración legal de la prueba en ese sentido, prohibiendo tener en cuenta ese testimonio.

Probablemente, con el testigo de referencia lo único que es posible valorar, en alguna medida, es que no está mintiendo él mismo. Pero hasta eso es ciertamente complejo, teniendo en cuenta que no se puede valorar realmente ni la coherencia del relato, ni tiene importancia su contextualización, salvo en la medida acabada de citar, y podrían incluso no existir corroboraciones periféricas de lo que diga.

Por ello, el resultado es frustrante. Si hacemos caso a todo lo que se acaba de decir, ciertamente parece poco razonable tener en cuenta en el proceso a estos testigos. Sin embargo, ello no es admisible sin más explicaciones, porque supone prescindir de un elemento de prueba que podría ser auténtico. Además, descartar *a priori* una prueba es lógico en un sistema de prueba legal como el que existió en otra época, pero no en un contexto de libre apreciación de la prueba, en el que no existen exclusiones apriorísticas de medios de prueba. Por consiguiente, hay que hacer un último esfuerzo por intentar que el testigo de referencia pueda tener alguna utilidad en el proceso. Analicemos la cuestión desde la perspectiva de cada proceso.

1) *En el proceso penal*

Como he dicho, una de las máximas más repetidas en la jurisprudencia penal es que el testigo de referencia únicamente puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo si ha sido imposible traer al proceso al testigo directo [176]. Con ello, la jurisprudencia ha fijado un estándar de prueba ciertamente

[176] STS 10-2-2009 (núm. rec. 763/2008), FD 6: «Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo

arriesgado, porque no cabe dudar que esa orientación limita la libre valoración. Ahora bien, lo que hay que analizar es si dicho estándar es razonable, puesto que en la medida en que sí lo sea, la prohibición de consideración de esta prueba, si existe el testigo directo, no se separará de los parámetros de la libre valoración, puesto que debiendo estar esta última presidida por las reglas de la lógica, si la prohibición es igualmente lógica, la libertad de apreciación no se pone en entredicho. Por el contrario, si la prohibición no es del todo racional, en ese caso esta línea jurisprudencial puede estar asentando, como digo, una especie de prueba legal, incompatible en todo caso con lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim., es decir, con la libre apreciación de la prueba.

Tomaré como ejemplo una sentencia reciente del propio Tribunal Supremo, la dictada por la Sala Segunda el 26 de junio de 2009 [177]. Se trataba de un caso de violencia de género en el que la víctima, después de haber denunciado los hechos en el momento en que la policía compareció en el lugar en que habían acaecido, así como tras haberlos relatado al médico que la atendió, una vez en el juicio oral se negó a declarar, permaneciendo también en silencio, por descontado, el imputado. Y por ello el tribunal no pudo tener en cuenta otras declaraciones anteriores que hubiera realizado la víctima [178], y ni siquiera la declaración del imputado, que era inexistente. Sin embargo, el tribunal decidió que tenía que condenar, utilizando como prueba de cargo a los testigos de referencia, es decir, el médico y los policías [179], y el parte de lesiones de dicho médico. Y ello aunque la víctima [180] se negó a declarar.

La presencia de la víctima hubiera debido conducir al tribunal a absolver, aplicando de manera estricta la jurisprudencia dado que estando en la causa el «testigo» directo de los hechos, cualquier testimonio de referencia no tenía lugar. Pero en este caso creo que acertó plenamente puesto que hubiera sido impropio absolver en estas condiciones. No es solamente que los policías y el médico fueran testigos sin conexión entre sí que declararon exactamente lo mismo, sino que además existía el parte médico de lesiones, sobre el que la víctima no parece que hubiera realizado tacha alguna de falsedad. Es decir, existían otros elementos corroboradores aparte del mero testimonio de referencia. Aunque fijémonos que, en el fondo, todos esos elementos, incluido el parte médico, se derivaban de las mismas fuentes: los testigos de referencia.

---

directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical».

[177] Núm. rec. 2506/2008.

[178] FD 3: «En el juicio oral el acusado hizo uso de su derecho a no declarar. La denunciante ejerció el suyo a no declarar contra su pareja de conformidad con el art. 707 de la LECrim., lo que impide considerar como elemento de prueba cualquier otra declaración anterior prestada por ella contra el acusado, como ya declaró esta Sala en Sentencia 129/2009 de 10 de febrero».

[179] FD 3.3: «En definitiva: los testimonios de aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por él, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon; y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado, constituye la prueba de cargo que justifica el hecho probado de la Sentencia de instancia».

[180] A la que la jurisprudencia, como ya dije, considera testigo directo.

Pues bien, justamente eso es lo que nos estamos preguntando aquí: si es posible fundar una convicción judicial de condena en un proceso penal contando simplemente con testigos de referencia. Es decir, la situación es que no existen más indicios de la comisión del delito que el testimonio de alguien que dice que le contaron los hechos. Pongamos por caso que el testimonio de referencia es coherente y hasta verosímil. Supongamos por un momento, además, que ese testigo de referencia cuente los hechos porque se los confió la persona del denunciante, que ha fallecido en extrañas circunstancias aún por esclarecer, o bien que omite su declaración porque es verosímil pensar que esté sometido a coacción.

En este caso, debe tenerse presente que el testigo de referencia puede estar diciendo la pura verdad, y de hecho resultaría antiepistémico prescindir de él, sin más. En efecto, buena parte de su credibilidad vendrá dada quizás únicamente por la conducta del testigo, es decir, por la impresión que cause al tribunal, que es probablemente lo único que puede ser percibido en estos casos. Sin embargo, ya vimos en qué medida ello era inseguro, normalmente indemostrable y casi imposible de motivar razonablemente, siguiendo criterios medianamente científicos. Además, como ya dije, es posible que el testigo no esté mintiendo, sino que mintiera quien le contó los supuestos hechos. Quizás éste sea otro de aquellos casos en los que no estaría de más contar con la presencia en el proceso de un psicólogo del testimonio, que conoce bastante mejor que un juez las teorías de los psicólogos que sí tienen (o tuvieron) en cuenta esos rasgos conductuales. Lo contrario significará sumir al proceso en una simple cuestión de fe, porque lo cierto es que un juez no tiene preparación suficiente para valorar un supuesto tan sumamente complicado. Pero ese dictamen quizás tampoco sirva de mucho, sobre todo si el testigo no miente, pero sí que le mintieron a él. Y no hay manera de comprobar los hechos de otro modo.

Por todo ello, nos hallamos ante una enorme insuficiencia de datos probatorios. Esa insuficiencia no puede ser suplida simplemente con ese testimonio de referencia, dado que por verosímil que resulte, no es «probable», en el sentido de que no se puede practicar prueba sobre el mismo [181]. En esta situación, la presencia de la presunción de inocencia en el proceso penal debe imponer que el testimonio de referencia no pueda ser tenido en cuenta. Es lo más razonable, habida cuenta de que no se puede condenar a alguien basándose únicamente en la palabra de una persona que ni siquiera presenció los hechos. Además, si le contaron dichos hechos, es posible que el testigo fuera amigo o familiar de la víctima del delito, por ejemplo, por lo que a los inconvenientes de su testimonio cabe añadir ahora su vinculación subjetiva que le resta objetividad.

El recuento de inconvenientes es, como se ve, demasiado amplio. Por ello, el testigo de referencia, en el proceso penal, puede ejercer como elemento corroborador si existen otras pruebas que puedan valorarse y que precisen de esa corroboración. De lo contrario, no queda otro remedio que desechar su testimonio, por más credibilidad que aparente.

---

[181] Cfr. TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 504.

La única oportunidad que existe de que se pueda fundar una condena en dicho testimonio, es que no exista un solo testigo, sino varios, y que entre sí provengan de orígenes distintos, como vimos que sucedió en el caso citado del Tribunal Supremo. Siendo así, en caso de que una vez realizada la comprobación de la credibilidad de las declaraciones parezca posible que no estén mintiendo, el hecho de que diversas fuentes de diversas procedencias coincidan en una misma historia, puede constituir un elemento corroborador. Es decir, es posible que un testimonio corrobore al otro testimonio. Siendo además la historia, en su conjunto, verosímil, creo que el tribunal podría llegar a condenar respetando plenamente la presunción de inocencia. Por ejemplo, en el caso citado, es bastante probable que la víctima sintiera miedo o cualquier otro tipo de emoción que le impulsara a no declarar, teniendo en cuenta lo habitual en estos supuestos de violencia de género. Además, no parece razonable que una persona que padece unas lesiones y que las haya contado por dos veces a actores distintos de un mismo modo, pueda haber mentido en esa primera declaración, sobre todo si, como era el caso, era la segunda vez que se denunciaba un acto de violencia de género con respecto al mismo agresor. Por tanto, la historia contada por el testigo de referencia es verosímil, y podría llegar a sustentarse una sentencia de condena.

Pero no en cualquier caso, puesto que deben cumplirse todos los parámetros que he descrito y que voy a enunciar a continuación para mayor claridad:

1. Pluralidad de testigos de referencia.
2. Coherencia de la declaración de cada testigo de referencia.
3. Coincidencia en lo afirmado por los diversos testigos.
4. Contextualización de las circunstancias en las que el testigo de referencia tuvo acceso al relato.
5. Verosimilitud del relato.
6. Como correlato de lo anterior, existencia de motivos que expliquen razonablemente el silencio o ausencia del testigo de referencia.
7. Origen diverso de los testigos de referencia.

Si se dan todas estas circunstancias, se puede fundar una condena penal en testimonios de referencia, básicamente porque resultaría tremendamente injusto que el ilícito penal fuera un secreto a voces y, habiendo desaparecido los testigos directos o viéndose obligados a callar los mismos, no hubiera forma de demostrar lo acaecido. El hecho de la desaparición de los testigos, si además, por ejemplo, se debió a una muerte violenta o no esclarecida, puede servir de apoyo a la credibilidad de los testigos de referencia, ya que aunque es posible que no pueda demostrarse que las muertes tengan que ver con el encubrimiento de un delito, en caso de que dichos fallecimientos sean sistemáticos, lo cierto es que existe un elemento corroborador más que no puede dejar de tenerse en cuenta. Aunque solamente en ese caso —o en supuestos análogos—, es decir, que existan muertes que no fueran esperables por la edad o estado de salud de las personas, y cuya etiología no haya quedado clara en las pesquisas abiertas para averiguar las causas de dichas muertes.

Es decir, en caso de que existan circunstancias que hagan verosímil el relato y explicable el silencio o desaparición del testigo de referencia.

Por tanto, entiendo que la línea jurisprudencial tradicional en materia de testigos de referencia debe ser matizada, aunque no de manera puntual, sino siguiendo los parámetros que se acaban de enunciar, que aunque por supuesto que pueden fallar, es difícilmente imaginable el supuesto en que concurran realmente los siete puntos, y lo relatado sea completamente falso.

2) *En el proceso civil*

En el proceso civil las cosas son algo distintas, puesto que en el mismo no existe una regla como la presunción de inocencia que, como venimos viendo en todo el trabajo, impone al juez una interpretación de los hechos favorable a la absolución en caso de tener dudas, actuando como si fuera una especie de norma de valoración legal de la prueba. Si en el proceso civil contamos con un testigo de referencia, el juez no lo tendría tan fácil para poner fin a la controversia.

El testigo, en todo caso, tiene los mismos inconvenientes que ya fueron anunciados, porque nada se modifica en este sentido por cambiar del proceso civil al penal. La duda es si dicho testigo de referencia puede tener alguna utilidad probatoria en el ámbito civil.

La resolución del tema en el proceso civil es algo más sencilla, porque contamos con alguna ayuda más. En el proceso penal, la situación descrita parte de la base de que el imputado va a negarse a declarar, porque en caso de que lo hiciera, su declaración sería analizable y es posible que contáramos con algún elemento corroborador del testimonio de referencia. Pero no era ése el caso planteado en el epígrafe anterior, puesto que como se dijo, en el proceso penal y en una situación semejante, el imputado sin duda se negará a declarar.

Pero en el proceso civil no va a ser así, porque es irracional que los acontecimientos se desarrollen de ese modo. Si el demandante o demandado se niegan a declarar y no aportan otros elementos probatorios que sustenten su pretensión, lo más probable es que pierdan el proceso, tanto en aplicación de la carga de la prueba como de la llamada *ficta confessio*, que no es sino una subespecie de dicha carga, como ya quedó dicho. Por tanto, el demandante —o el demandado— declararán, y en ese caso lo más probable es que el testimonio de referencia tenga ese elemento corroborador. Es decir, al menos existirá material probatorio que valorar, puesto que el juez podrá contar con la declaración de ambos litigantes, y además del testigo de referencia. Por eso es harto improbable, por no decir imposible, la situación en la que en el proceso civil todo dependa de la declaración de un testigo de referencia. En el proceso penal, si el proceso se sigue a instancias del Ministerio Fiscal, sí que es posible que se dé un estado de cosas en el que nadie declare y sólo existan los testigos de referencia. Pero en el proceso civil es prácticamente inviable que ello suceda, aunque de igual modo a lo indicado en el epígrafe anterior,

en caso de existir más de un testigo de referencia cuyas declaraciones coincidan, sería perfectamente posible sustentar las conclusiones probatorias en dichos testimonios conformes, siempre y cuando cumplan los requisitos que se enunciaron en su momento.

Por tanto, cabe concluir que la problemática del testimonio de referencia, aunque no es exclusiva del proceso penal, provoca auténticos problemas sólo en él. En general, el testigo de referencia es un sujeto probatorio con tremendos problemas de credibilidad que se han descrito pormenorizadamente, y por ello su papel únicamente puede ser corroborador en el proceso, salvo en el caso de que exista una pluralidad de testigos de referencia. Es decir, que resulta prácticamente inimaginable que ningún tribunal se atreva a dictar una sentencia basando su juicio exclusivamente en un solo testimonio de referencia, en el proceso penal por contradecir los parámetros de lo razonable y ser contrario a la presunción de inocencia, y en el resto de procesos por la dificultad extrema de que una situación semejante se pueda producir.

C) Puntos principales a tener en cuenta en la valoración de la prueba testifical

Para hacer más sencilla la valoración de esta prueba, es preciso resumir brevemente lo indicado hasta el momento, a fin de que se vea que las directrices utilizadas en todo caso son exactamente las mismas, aunque adaptadas a cada caso concreto.

En consecuencia, en relación a los testigos con interés en la causa, así como a los traídos por los letrados sin acreditar la objetividad de la fuente de conocimiento de la identidad de dichos testigos, deberá valorarse fundamentalmente la contextualización de los relatos y, *a posteriori*, la existencia de corroboraciones del testimonio. La coherencia de los testimonios es esperable, así como la presencia de detalles oportunistas, por lo que ambos datos pueden ser pasados por alto o, en todo caso, ser utilizados simplemente como posible elemento corroborador de la incredibilidad [182].

En relación con los testigos directos cuya identidad conste en una fuente objetiva, debe ser valorada la coherencia de su testimonio y contextualización de su relato. Por supuesto, también será un elemento de credibilidad la existencia de corroboraciones. Sin embargo, la presencia de detalles oportunistas en la declaración, si no son simplemente retóricos para dar fuerza al testimonio, deben ser tenidos en cuenta como posibles señas de falsedad en la declaración

Y por lo que se refiere a los testigos de referencia, su testimonio normalmente resultará increíble, salvo que aparezcan elementos corroboradores de su declaración. Y en tal sentido debe tenerse muy en cuenta que como ele-

[182] Pese a que la coherencia, como vimos, sea un dato ambivalente. Es decir, si se dan el resto de circunstancias de credibilidad, también es posible que dicha coherencia sustente dicha credibilidad, como vimos en su momento.

mento corroborador puede tenerse presente a otro testigo de referencia de diversa procedencia al primero, que coincida en la declaración de dicho testigo, debiendo resultar verosímiles, evidentemente, los testimonios de ambos.

5. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Se trata, probablemente, del medio de prueba que con más facilidad puede escapar a la valoración judicial, básicamente porque los conocimientos que expresa el perito normalmente no pertenecen a la llamada «cultura general» y, por ello, no es posible utilizar juicios casi intuitivos, como sí ocurre con la mayoría del resto de medios de prueba. Reconózcase que si se ha llamado a un perito al proceso, ello ha sido porque el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios para resolver el caso concreto, dado que escapan de lo jurídico. O incluso poseyéndolos, en un ánimo de garantizar la máxima objetividad de dichos conocimientos, ha decidido practicar la prueba pericial. Ello no debería ser estrictamente necesario porque el juez es imparcial, y si realmente tiene los conocimientos técnicos, los aplicará con imparcialidad, exactamente igual que realizará el resto de su labor [183].

Pero quizás la prudencia aconseja que incluso teniendo el juez esos conocimientos, se practique igualmente la prueba pericial, a fin de que las partes puedan interrogar al perito respecto de su dictamen, cosa que no podrían hacer realmente con el juez. El juzgador podrá hacer uso de esos conocimientos técnicos en su valoración, por descontado, aunque lo más procedente es que los utilice durante el interrogatorio al perito, porque de esa forma permite que las partes conozcan cuáles son sus inquietudes acerca del dictamen, pudiéndose defender debidamente en lo que reste de proceso, aprovechando las oportunidades que les queden.

Con todo, ésa no es la situación habitual, ni mucho menos. Lo que solemos encontrarnos es a un juez que no posee la formación necesaria ni tan siquiera para entender debidamente el dictamen. Y ello no es una crítica, sino que es perfectamente habitual y hasta lógico en muchos casos. No obstante, el problema que se deriva de ello es que la asunción del dictamen en la sentencia puede ser directa y acrítica, de manera que no se motive realmente la resolución, sino que el juez se limite a transcribir las razones del perito sin entenderlas realmente. Y eso es justamente lo contrario a lo que reiteradamente exige la jurisprudencia [184].

---

[183] *Vid.* M. Serra Domínguez, «Prueba pericial», en *Estudios de Derecho probatorio,* Lima, 2009, p. 531.

[184] STS (Sala 2.ª) 23-6-2009 (núm. rec. 1747/2008), FD 1, I: «(...) conviene no perder de vista que el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 de la LECrim.). Apreciar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. El discurso argumental de la parte recurrente tiende a subvertir la naturaleza procesal de la prueba pericial, atribuyendo a ésta un alcance prácticamente definitivo. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional. Pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...) Lo contrario sería tanto como convertir al perito

A continuación, vamos a intentar dar algunas posibles claves para evitar que ello sea así, que es, por desgracia, lo más habitual. Ya advertí en su momento de que sería bueno que el juez recibiera una mínima formación sobre los dictámenes periciales más habituales. Pero al margen de ello, voy a tratar de establecer, igual que en la prueba anterior, una serie de criterios lo más objetivables posible, a fin de que el juez pueda saber con mayor certeza si está ante un buen dictamen, o bien se halla ante una pericia defectuosa.

Por tanto, analizaré el tema que, en realidad, no se ha afrontado debidamente en la doctrina y en la jurisprudencia [185] más que de una forma, en el fondo, tímida, como en realidad sucede con toda la problemática de la valoración de la prueba. Lo que es preciso explicar en este momento es cómo puede valorarse el dictamen en sí mismo, tal y como le va a quedar al juez encima de la mesa en el momento de la redacción de la sentencia. Y con unos criterios que el juez pueda controlar realmente, igual que se procedió con la prueba anterior, aunque no conozca la ciencia empleada para elaborar el dictamen. Dado que no podemos pretender que el juez conozca cada una de las materias científicas que sirvieron para elaborar la pericia de que se trate, veamos a continuación qué extremos pueden entrar dentro de su control.

A) Perito de parte o perito de designación judicial

Una de las cuestiones sobre la que más se ha debatido, aunque sobre todo a nivel legislativo, ha sido la cuestión de si los peritos debían ser de designación judicial o bien es más oportuno que se trate de peritos de parte. En el ámbito anglosajón había regido la idea general de que los peritos son, normalmente, de designación de parte [186], aunque dicha idea se ha modificado parcialmente en los últimos años [187]. En el ámbito continental, en cambio, se solía partir de la base de que el único perito admisible, por su imparcialidad,

---

en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial».

[185] *Vid.* El estudio jurisprudencial de I. Flores Prada, *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, 2005, pp. 371 y ss.

[186] *Vid.* la regla 706 de las Federal Rules of Evidence de EEUU: ***Rule 706. Court Appointed Experts (a) Appointment.*** *The court may on its own motion or on the motion of any party enter an order to show cause why expert witnesses should not be appointed, and may request the parties to submit nominations. The court may appoint any expert witnesses agreed upon by the parties, and may appoint expert witnesses of its own selection. An expert witness shall not be appointed by the court unless the witness consents to act. A witness so appointed shall be informed of the witness' duties by the court in writing, a copy of which shall be filed with the clerk, or at a conference in which the parties shall have opportunity to participate. A witness so appointed shall advise the parties of the witness' findings, if any; the witness' deposition may be taken by any party; and the witness may be called to testify by the court or any party. The witness shall be subject to cross-examination by each party, including a party calling the witness.* (...) ***(d) Parties' experts of own selection.*** *Nothing in this rule limits the parties in calling expert witnesses of their own selection.*

[187] *Vid.* las actuales Civil Procedure Rules del Reino Unido: ***35.4 Court's power to restrict expert evidence.*** *(1) No party may call an expert or put in evidence an expert's report without the court's permission.*

(2) When parties apply for permission they must identify —

(a) the field in which expert evidence is required; and

(b) where practicable, the name of the proposed expert.

era el perito de designación judicial. La cuestión fue debatida en la génesis de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, quedando finalmente en la ley, fruto de la discusión parlamentaria, un régimen en buena medida contradictorio [188]. En un principio, el borrador de abril de 1997 [189] intentaba priorizar la aportación de los dictámenes periciales de parte, restringiendo las posibilidades de escoger un perito de designación judicial. Pero finalmente, el art. 339.2 de la LEC dispuso la facultad de pedir la designación de peritos prácticamente sin restricciones, aunque respetando el régimen originario del borrador, que no tiene ya mucho sentido tras el actual tenor del art. 339.2.

Pero ésa es una cuestión de orden legislativo. No obstante, he descrito lo sucedido para expresar la desconfianza que se tiene, en general, hacia los peritos, habida cuenta del extendido rumor sobre su posible corrupción, sobre el que casi nadie escribe pero que todo el mundo comenta en los mentideros. Si esa corrupción existe realmente, ciertamente podría decirse, a primera vista, que no habría diferencia entre que participe en el proceso un perito de designación de parte o un perito judicial. En todo caso puede llegar a favorecer a una de las partes, y al menos si lo designa el litigante sabemos ya de entrada quién va a ser el posible favorecido.

Sin embargo, esa manera de ver las cosas no es del todo procedente, ni mucho menos, y además supone la renuncia, de hecho, a un medio de prueba, el perito de designación judicial, convirtiendo a un rumor en máxima de experiencia positivizada, en torno a que los peritos se corrompen. Ello viene a ser, finalmente, una especie de prueba legal, porque aunque no se le diga al juez que valore el dictamen del perito del litigante como si fuera parcial, lo cierto es que difícilmente se sustraerá el juez de esa orientación, que además se puede corresponder con la realidad.

Personalmente, no creo que quepa establecer diferencias entre unos y otros peritos en cuanto a la valoración de su dictamen, porque es verdaderamente imposible asegurar la completa imparcialidad de unos y otros, dadas las circunstancias, sin que sean realmente útiles los sistemas de tachas y recusaciones en este sentido. Porque una cosa es excluir a un perito porque sea, por ejemplo, familiar de las partes. Y otra muy distinta pretender que a través de esas tachas y recusaciones aseguramos siempre la imparcialidad de los peritos. La razón es que la práctica totalidad de actos de corrupción cometidos con los peritos son, como es lógico, absolutamente clandestinos,

---

(3) If permission is granted it shall be in relation only to the expert named or the field identified under paragraph (2). (...)

35.7 Court's power to direct that evidence is to be given by a single joint expert. *(1) Where two or more parties wish to submit expert evidence on a particular issue, the court may direct that the evidence on that issue is to be given by a single joint expert.*

(2) Where the parties who wish to submit the evidence ('the relevant parties') cannot agree who should be the single joint expert, the court may —

(a) select the expert from a list prepared or identified by the relevant parties; or

(b) direct that the expert be selected in such other manner as the court may direct.

[188] *Vid.*, por ejemplo, los arts. 336 y 339 de la LEC, que parten de orientaciones claramente distintas.

[189] Arts. 389 a 392.

y por ello no pueden encajar en causa alguna de recusación o tacha, porque difícilmente son descubiertos.

Por tanto, no queda otro remedio que prescindir de ese dato de la corrupción —salvo que se descubra—, porque difícilmente será controlable por completo ni ahora ni en el futuro. Pero tampoco es correcto darlo por hecho y asumir que los peritos solamente puedan ser de parte, restringiendo demasiado la posibilidad de que el juez designe peritos. Todo lo contrario. El perito es un experto en una ciencia, y esa realidad no cambia tanto si es un perito de parte como si es un perito de designación judicial. Por ello, lo que debe hacerse es intentar extraer de él esos conocimientos científicos, de manera que el dato de su posible corrupción no sea más que una sospecha que no será tomada en consideración más que en ultimísimo lugar, y no en primer lugar como sucede en la actualidad. En algunos casos, la imagen de corrupción de los peritos no es más que un prejuicio, una falacia, muy similar a la que se atribuye a los testigos y que vimos líneas más atrás. Por ello, no debe ser tomada en consideración, incluso cuando el perito sea de parte [190], salvo que el análisis de su dictamen a través de otros parámetros, que expondré seguidamente, resulte completamente infructuoso.

En consecuencia, aunque en principio quepa atribuir mayor credibilidad al perito de designación judicial, que no sabemos si es parcial, que al perito de parte, que ya sabemos que lo va a ser porque, de lo contrario, el litigante no aportaría el dictamen, entiendo que hay que prescindir de entrada de esa conclusión, porque en caso contrario se dejan de lado dictámenes de parte absolutamente bien fundamentados, y se prioriza el criterio de peritos de designación judicial que pueden acabar siendo todavía más parciales que un perito de parte. Por otro lado, teniendo en cuenta el corporativismo existente en algunas profesiones, no es de esperar que el perito de designación judicial sea muy severo con un compañero, por lo que en este caso concreto, por ejemplo, cabría atribuir más verosimilitud, curiosamente, al perito de parte, que sí que es esperable que ataque el dictamen de su compañero basándose en criterios científicos. Pero todo ello tampoco es demostrable porque, de hecho, se basa en otro tópico, el corporativismo, que todos sabemos que existe pero que pocas veces se puede demostrar.

Por eso, en conclusión, es más razonable prescindir de entrada de todas estas circunstancias sociológicas y centrarse en los aspectos técnicos del dictamen, del modo que vamos a ver a continuación.

B) La profesionalidad del perito

Antes de nada, lo primero que debe controlarse es que el perito posea los conocimientos necesarios para poder dictaminar sobre la materia de que se trate [191]. Para ello, no es suficiente que se halle en posesión de un título pro-

[190] *Vid.* Flores Prada, *La prueba pericial*, cit., pp. 444-445.
[191] *Ibid.*, p. 395.

fesional, sino que, además, es necesario que acredite solvencia en la práctica de su profesión. También es muy útil que informe de su experiencia ante los tribunales, a fin de valorar si es un perito habitual, o bien es un experto que se dedica a su trabajo cotidiano y que, excepcionalmente, colabora con los órganos jurisdiccionales.

Para ello, es necesario que el perito, en su comparecencia en el proceso, lleve a cabo una actuación que no suele hacer habitualmente —aunque se ve en algunos procesos—, y ni tan siquiera está prevista en las leyes: es necesario que presente un *curriculum vitae* con las acreditaciones precisas de su contenido. El art. 340 de la LEC le exige simplemente que posea el título oficial de que se trate. Y los arts. 456 a 458 de la LECrim. no exigen el título, pero establecen la preferencia de quien lo posea. Sin embargo, en ningún caso se le exige al experto que aporte otros puntos que son de gran interés para la valoración, como su experiencia y trayectoria. Parece imprescindible que el perito se refiera en su *curriculum* justo a esos puntos.

Al contrario de lo que sucedía con la prueba anterior, en el caso de la prueba pericial es imprescindible el análisis de la persona del perito en cuanto a sus conocimientos, habilidades y competencias profesionales. Y es que habida cuenta de las dificultades que tendrá el juez para evaluar el dictamen en el fondo [192], el hecho de que pueda saberse si el perito es o no un buen profesional, puede ayudar mucho en esa evaluación. Desde luego, es precisa una cierta flexibilidad en la valoración de estos requisitos profesionales, porque no creo que sea procedente establecer un modelo de «indicativos de calidad» que deben concurrir en un perito, y que después el experto profesional cumpla formalmente, rellenando las casillas correspondientes del modelo de *curriculum*. Esa orientación favorece la formación de *curricula* absolutamente aparentes, falsos en realidad, que desde luego entorpecen el análisis de la auténtica profesionalidad del experto.

Por ello, sería necesario observar si el perito posee publicaciones en revistas de reconocido prestigio en la materia de la que se trate, o si está en poder de alguna especialización complementaria a su Grado universitario [193]. O incluso si ya ha realizado dictámenes en la materia objeto del juicio con anterioridad. Todo ello sí puede ser objeto de valoración objetiva, y es fácilmente controlable por un juez. Además, la titulación no es ni necesaria ni suficiente, pues es perfectamente posible que el objeto de la pericia no constituya el contenido de ningún Estudio universitario, como podría ser, por ejemplo, la forma de trabajar de los mariscadores en las rías de Galicia, recolectando todo tipo de marisco. En un proceso por la muerte de uno de ellos por causas desconocidas durante su labor, el dictamen de un mariscador con experiencia podría ser completamente fundamental.

---

[192] E. Font Serra, *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2000, p. 183.

[193] *Vid.* Reglamento de Peritos Judiciales y Forenses del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Cataluña. http://www.eic.es/wps/wcm/connect/31b8d9004d2487d9b5c2b7a9a33f1b7d/Perits+Judicials+-+Reglament+Edicio+02.aprovat+Juntes+31.pdf?MOD=AJPERES.

A lo que no debería atenderse, en absoluto, es al rango académico o profesional que ocupe el perito en un determinado esquema organizativo de una empresa, por ejemplo. Las designaciones para dichos cargos no dependen en la mayoría de las ocasiones de criterios objetivos de evaluación de la calidad de los designados, sino de simples relaciones de confianza que posean con quienes propiciaron sus nombramientos. Además, una vez que se llega a esos cargos, las labores que suele desempeñar muchas veces la persona escogida son más bien de gestión o dirección, antes que puramente científicas. Por tanto, los cargos, por sí mismos, no son en absoluto una garantía de calidad. En el pasado, como consecuencia de simplificaciones sociológicas evidentes, se había tendido a valorar a las personas profesionalmente a través de los cargos que ocupaban, tendencia que aún perdura pero que, por fortuna, se percibe cada vez como más débil. Pues bien, cuestiones sociológicas aparte, lo que debe observarse es la trayectoria científica del perito a través de su *curriculum*, sin tener en cuenta el cargo que ocupe, pues es posible que ello no sea determinante de la mayor calidad del dictamen, sino simplemente, y permítaseme el comentario, de un aumento arbitrario del precio del mismo [194].

Por otra parte, la excesiva experiencia «forense» del perito puede jugar en contra de su profesionalidad. Quiero decir que si en la descripción de su trayectoria alega que prácticamente sólo se dedica a emitir dictámenes, es posible que pueda estar padeciendo con más facilidad los males que, en un primer momento, llevaron al Legislador de la Ley de Enjuiciamiento Civil a excluir la presencia del perito de designación judicial. Y es que cuando hablo de experiencia no me estoy refiriendo a una experiencia forense, sino profesional. Es decir, que sea un profesional que trabaje cotidianamente, y principalmente, con el objeto de la pericia. Para ello puede aportar documentación acreditativa de los encargos recibidos, fundamentalmente a través de las facturas debidamente declaradas al Fisco.

Con todo ello no se excluye que, finalmente, el perito acabe realizando un mal dictamen, porque para averiguar ese extremo habrá que acudir al dictamen en sí, analizándolo de la forma que veremos seguidamente. Pero al menos, conocer cumplidamente su profesionalidad nos permitirá un primer acercamiento a la posible calidad del dictamen, lo que permitirá que el juez tome más o menos en cuenta sus conclusiones. O incluso sepa a qué atribuir los defectos evidentes que localice en el mismo.

C) Cumplimiento de los requisitos internos del dictamen

En cuanto al dictamen pericial solamente, los extremos que podrá apreciar el juez, con su propia ciencia, son solamente los que se van a exponer en los epígrafes siguientes. De hecho, es lo que resulta más recomendable asumiendo que el juez medio no va a poseer los conocimientos científicos con los que el dictamen fue elaborado. Es por ello por lo que sólo podrá apreciar

[194] Cfr. Flores Prada, *La prueba pericial*, cit., pp. 397-398.

aquellos extremos que un jurista, en general, pueda observar sin más esfuerzo que el derivado de la búsqueda y contraste de datos objetivos.

Si no se cumplen los criterios que se van a exponer, el dictamen podrá ser desechado, celebrando en su lugar una nueva prueba pericial o, si ya no es procesalmente posible, asumiendo las consecuencias que en los procesos civiles y penales tiene la insuficiencia probatoria, en caso de que no existan más datos para pronunciarse, aunque ni siquiera esta solución puede resolver todos los problemas, como veremos después.

Por ello, el examen de los siguientes criterios es crucial y previo a cualquier otra consideración, tras el examen desde el punto de vista científico que se realizó en el apartado anterior.

a) *La coherencia interna y la razonabilidad del dictamen pericial*

El primer punto que debe controlar el juez es que el dictamen sea inteligible y, sobre todo, no resulte contradictorio [195]. La coherencia [196] de lo que diga el dictamen se valora con los mismos parámetros lógicos establecidos anteriormente para la apreciación de las respuestas de los interrogatorios, por lo que me remito a lo ya indicado en su momento. Por lo demás, el dato de la coherencia y sus requisitos son conocidos para cualquier jurista. Por eso este requisito ha sido el más destacado por el Tribunal Supremo a la hora de citar el supuesto en que es revisable un informe pericial en casación [197].

Pero la intelegibilidad del dictamen [198] es algo mucho más comprometido, porque no es infrecuente que el perito, siendo para él obvio mucho de lo que dice, no pierda mucho el tiempo en explicarlo demasiado. De esa forma, el texto del dictamen acaba resultando confuso, oscuro, y lo cierto es que no se aciertan a entender las razones de que el perito haya dictaminado de un modo u otro.

Un dictamen, en esas condiciones, no puede ser creíble, y salvo que el perito lo concrete más en su comparecencia ante el tribunal, su resultado debería ser desechado, porque ningún juez podrá motivar en una sentencia

---

[195] Serra Domínguez, *Prueba pericial*, cit., p. 531.

[196] *Vid.* Flores Prada, *La prueba pericial*, cit., p. 409.

[197] STS 28-6-2005 (núm. rec. 293/1999), FD 2: «En efecto, conforme a reiterada doctrina de esta Sala al ser la prueba de peritos de la libre apreciación del Tribunal de instancia no puede ser impugnada en casación, salvo que fuere arbitraria ilógica, o absurda, por contraria a esa sana crítica que al separarse de ella permite ser impugnada en casación y como nada de esto aparece en las conclusiones a los que llega el Juzgador como resultado de la apreciación de aquel conjunto, en el que el informe no era sino un elemento más a relacionar, tampoco cabe decir que dicho artículo haya sido infringido (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1989) (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998). Asimismo cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2002: es reiterada doctrina la de esta Sala que considera de la soberanía de la Sala sentenciadora la apreciación de la prueba pericial, sólo sujeta a las reglas de la sana crítica, que no constan en ningún catálogo que permita su impugnación casacional». *Vid.* también STS 17-3-2004 (núm. rec. 1275/1998), FD 7.

[198] A la que se refiere P. M.ª Garciandía González, *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Pamplona, 1999, p. 265.

que ha seguido un dictamen pericial cuyas razones no entiende, no desde el punto de vista científico, sino desde la perspectiva meramente descriptiva.

Por ello, como ya dije anteriormente, sin perjuicio de que sería bueno que el juez tuviera una mínima formación en los campos periciales más frecuentes para conseguir entender el dictamen, aunque sea someramente, también es preciso que se advierta al perito, en el momento de su designación, de que el dictamen que debe realizar está dirigido a personas que no son expertas y que, por tanto, debe hacer un esfuerzo suplementario en la exposición de sus conclusiones, a riesgo de que no sean tenidas en cuenta finalmente y el dictamen acabe resultando, en su conjunto, inútil, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero.

A este último punto no le dedican el más mínimo espacio las leyes, pero en algún momento debieran decir que el perito, aparte de desempeñar su oficio lealmente [199], debiera ser claro, preciso y congruente [200], características que por exigencia legal [201] debe tener la propia sentencia que incluirá, posiblemente, las conclusiones del dictamen pericial. Es decir, el dictamen debe transmitir sus ideas con facilidad, debe ir refiriendo los temas objeto de dictamen con precisión y, sobre todo, debe contestar a las cuestiones que se le han planteado, sin dejar cabos sueltos, pero tampoco extralimitándose, es decir, respondiendo a otros puntos que no son objeto de dictamen [202]. Eso es lo que otorgará la congruencia del dictamen. Y es que si el mismo es incongruente, se abre también la oportunidad de que lo acabe siendo la misma sentencia [203].

Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en consideración. Puede intentarse corregir o precisar el dictamen durante la comparecencia del perito, como veremos después. Pero también es posible que esa misma comparecencia revele que el dictamen es sumamente defectuoso, o que el perito no tiene la preparación suficiente para realizar su labor. En esos casos, el juez, si todavía es procedimentalmente posible en ese momento del proceso, debe disponer la práctica de una nueva pericia, puesto que de lo contrario, ante la insuficiencia de prueba, únicamente le quedará como solución, en última instancia, la aplicación de las reglas de carga de la prueba. O en el proceso penal, respetar la presunción de inocencia y, por tanto, absolver.

Pero, ni el proceso civil ni el penal español son especialmente generosos en las facultades oficiales del juez en materia probatoria. Y sin embargo, en un caso tan evidente como éste en el que es más claro que en ningún otro que el juez no puede conocer cuál va a ser el resultado final del dictamen, el

[199] *Vid.* art. 335.2 de la LEC.

[200] Destacando este extremo de la congruencia, E. FONT SERRA, *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona, 1974, p. 215.

[201] Art. 218 de la LEC.

[202] Destaca este aspecto FLORES PRADA, *La prueba pericial*, cit., p. 386.

[203] Es lo que se describe en la antes citada STS 17-3-2004 (núm. rec. 1275/1998), FD 7: «(...) Es a partir de esas incoherencias como se explica que la sentencia impugnada acepte acríticamente un informe pericial que, más que negar la realidad de los daños en la finca, lo que hace es considerarlos económicamente menos importantes que las mejoras (...)».

juez debería poder disponer, con plena imparcialidad, que se practique un nuevo reconocimiento pericial. En este sentido, creo que el supuesto encaja perfectamente en lo previsto en el art. 435 de la LEC [204], cuando permite que el juez, como diligencia final, disponga que se practiquen de nuevo algunos medios de prueba si los ya realizados resultaron inconducentes, de manera que no quepa atribuir esa inconducencia a ninguna de las partes.

En el proceso penal también hay una pequeña grieta en la línea general de que la prueba se practica a instancia de parte [205], pero hay que forzar mucho el texto del precepto, aunque no su espíritu. El art. 729.2 LECrim. [206] dispone que el tribunal podrá decretar de oficio la práctica de pruebas no propuestas por ninguna de las partes, que el tribunal considere precisas para el esclarecimiento de los hechos debatidos. La exigencia de que la prueba no la haya propuesto ninguna de las partes es especialmente clara en cuanto a su redacción [207].

Sin embargo, es evidente que este artículo tiene la finalidad de permitir que el tribunal ayude a esclarecer los hechos si la prueba practicada en el proceso resulta insuficiente. El precepto, por cierto, fue muy discutido en su momento, por si iba en contra del principio acusatorio o hacía perder la imparcialidad del juez [208]. Pero es que no es una cuestión de dar o no ventaja a alguna de las partes con la actitud del tribunal. En el caso concreto de la prueba pericial es evidente que el tribunal no puede saber, prácticamente en absoluto, cuál va a ser el resultado final del dictamen. La situación es que en el proceso se hubieron practicado las pericias pedidas por las partes. Las mismas resultaron inconcluyentes, por las razones referidas anteriormente o las que veremos a continuación. Si en el proceso civil, más comprometido con el principio dispositivo, se permite que el juez disponga la práctica complementaria de esta prueba en esos casos, no veo qué puede tener de malo que en un proceso penal, en el que estamos decidiendo nada menos que la libertad de las personas, el juez disponga la práctica de una prueba pericial en el caso de que la practicada en el proceso no haya tenido resultados aceptables.

Fijémonos, además, que si hubiera habido un descuido de las partes y ninguna de ellas hubiera solicitado esa prueba, no habría ningún inconve-

---

[204] **Art. 435.2 LEC:** «Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos».

[205] **Art. 728 LECrim.:** «No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas».

[206] **Art. 729 LECrim.:** «Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: (...) 2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación».

[207] Así lo entendió Aguilera de Paz, *Comentarios*, cit., t. V, p. 490.

[208] La *vexata quaestio* de la prueba de oficio, que ya vimos anteriormente. *Vid.* Aguilera de Paz, *Comentarios*, cit., t. V, pp. 492-493.

niente para la aplicación del art. 729.2 de la LECrim. Pues bien, entiendo que en el caso que se está analizando la situación es prácticamente idéntica. Y, además, se justifica en mayor medida incluso la intervención del tribunal. Las partes han tenido voluntad de que se practicara la prueba, porque la pidieron. Pero la misma ha resultado a ojos de todos completamente inconducente. Pues bien, creo que, en estos términos, siendo las propias partes las que solicitaron la prueba que, por motivos ajenos a su voluntad, ha resultado insatisfactoria, no tienen absolutamente ninguna objeción aceptable que oponer al hecho de que el tribunal intente salvar ese vacío probatorio.

Por consiguiente, en estos casos de falta de coherencia interna del dictamen que provoca que el peritaje no sirva absolutamente para nada, antes que evitar una siempre extrema aplicación de las reglas de carga de la prueba o de la presunción de inocencia, merece la pena intentar que un nuevo dictamen esclarezca la cuestión debatida, para así acercar el proceso lo más posible a la realidad de los hechos.

b) *El seguimiento de parámetros científicos de calidad en la elaboración del dictamen y el uso de resultados estadísticos*

No existen, ni pueden existir, unos criterios absolutamente fijos e inmutables de calidad en la ciencia. Pero normalmente, en los tiempos modernos, se suele partir de la base de que un buen resultado de investigación es aquel que demuestra experimentalmente sus hipótesis, tanto a través de la reproducción del experimento que trajo el resultado investigador, como mediante la realización de experimentación alternativa que no ofrezca un resultado distinto. La experimentación, no obstante, no siempre es posible por diferentes motivos, a veces éticos, otras veces de orden totalmente científico, dado que no todas las hipótesis de la ciencia resultan, a día de hoy, empíricamente demostrables [209].

Basándonos en estos tradicionales postulados, es posible construir un modelo que permita controlar la calidad de los dictámenes periciales, pero adaptándolos al hecho de que, evidentemente, no es exactamente lo mismo la comprobación experimental científica, por una parte, y el análisis crítico de un dictamen pericial por la otra, dado que el primero se basa precisamente, en muchas ocasiones, en esa comprobación experimental previa y ajena al dictamen. Hay que centrarse, evidentemente, en lo más objetivo, porque va a ser lo único que, una vez más, podrá acreditar cualquier juez en su motivación.

En este sentido, y buscando ser lo más generalistas posible para abarcar el mayor número de pericias, puede concluirse que el juez debería centrar su observación del dictamen en los siguientes puntos [210]:

---

[209] Pueden recordarse a tal efecto los agujeros negros, que ya cité anteriormente.

[210] Estos criterios, aunque de modo distinto, están también expuestos en J. NIEVA FENOLL, J. VIVES REGO y M. CORCOY BIDASOLO, «Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente», en *Jurisdicción y proceso,* Madrid, 2009, p. 412. En

1. *Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional:* para comprobar este extremo, el dictamen debería contener los siguientes puntos:

— Mención de las publicaciones de calidad en las que habrían visto la luz esas técnicas y teorías para ser utilizadas, aunque se trate de manuales de la disciplina, si no existen esas publicaciones tan especializadas.

— Si no hay publicaciones, o bien el examen pericial es tan frecuente que no resulta necesario acreditarlo de ese modo, hay que justificar al menos que la técnica utilizada es de uso regular en la praxis científica, industrial o profesional.

— Además, es preciso que el perito haya descrito pormenorizadamente el procedimiento de análisis que llevó a cabo [211], así como que utilizó el instrumental especializado adecuado para el examen [212]. De lo contrario, es posible que solamente citando publicaciones a mayor abundamiento, excluya explicar el *iter* técnico que le llevó a sus conclusiones.

Con ello, el perito enseña las entrañas de su dictamen, de manera que expone las herramientas que utilizó y cómo fueron usadas. De esa forma es posible contrastar su dictamen con el de otro perito. Sobre todo se posibilita de ese modo la práctica útil de un segundo dictamen pericial para comprobar el primero. El segundo perito podrá así valorar críticamente las conclusiones de su compañero con conocimiento de causa. Y es que es posible que con la técnica llevada a cabo por el primer perito se obtengan unos resultados, y en cambio con otra alternativa los resultados sean distintos. Si los peritos no explican sus procedimientos e instrumentos, los resultados que expongan quedarán en el vacío, no sabiendo el juez a qué dictamen atender. Abundaré en esta situación después.

2. *Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes*: Muchas de las profesiones que aportan dictámenes al proceso poseen esas normas en sus criterios deontológicos, o bien incluso en pequeños manuales al uso [213]. Algunas también han sido objeto de normas jurídicas incluso [214]. Pues bien, el dictamen tiene que hacer mención de todo ello para que el juez pueda comprobar que, realmente, se siguieron tales estándares y normas de calidad.

El dictamen no debe limitarse a una simple mención de que se siguieron dichas normas, o que, por ejemplo, el laboratorio donde se practicó el aná-

concreto, su inclusión en el trabajo fue responsabilidad de Vives Rego. *Vid.* también M. Taruffo, «Prova scientifica (Dritto processuale civile)», *Annali II,* t. I, p. 975.

[211] Flores Prada, *La prueba pericial*, cit., p. 399.

[212] *Ibid.*, p. 405.

[213] Por ejemplo, el Colegio de ingenieros técnicos industriales de Barcelona posee una «comisión de calidad», que posee una serie de conceptos para aplicarla. *Vid.* http://www.cetib.cat/comissions/qualitat/index.html.

[214] *Vid.* Reglamento de Peritos Judiciales y Forenses del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Cataluña. http://www.eic.es/wps/wcm/connect/31b8d9004d2487d9b5c2b7a9a33f1b7d/Perits+Judicials+-+Reglament+Edicio+02.aprovat+Juntes+31.pdf?MOD=AJPERES.

lisis tiene unos estándares de calidad reconocidos oficialmente por inspecciones oficiales pasadas. Todo eso ofrece garantías, pero no son suficientes. A los efectos del proceso debe informarse de que esas normas de calidad fueron seguidas, informando, por ejemplo, de la antigüedad de las instalaciones donde se realizó el dictamen y del instrumental empleado. No es frecuente encontrar ninguno de esos puntos en los dictámenes, porque se dan por obvios muchas veces y, además, no son necesarios realmente en todas las pericias. Por ejemplo, en el dictamen de un arquitecto no es necesario que el mismo informe de la antigüedad de sus lápices, reglas, o de su ordenador, pero sí que es preciso que dé noticia de los aparatos de medición que utilizó, por ejemplo.

3. *Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica*: es decir, que el dictamen, cuando sea procedente, contenga información estadística contrastable sobre el acierto de sus resultados. El contraste puede ser aportado con publicaciones que contengan estudios sobre la misma técnica utilizada en el dictamen. Ello es bastante común en las publicaciones científicas de las ciencias experimentales, por lo que no debería suponer mayor esfuerzo para el perito aportar esos datos.

Incluso en el caso de que la conclusión del perito no pueda sustentarse en experimentación científica previa, por falta de investigación suficiente en el campo de que se trate, el perito puede dar su opinión igualmente, aunque este extremo deberá ser tenido en cuenta [215]. Ésta es la forma de no rechazar *a priori* dictámenes sobre enfermedades nuevas, por ejemplo, que pese a que se desconozca mucho de su etiología, un experto podría dictaminar sobre las posibles causas de las mismas. El tribunal, lógicamente, deberá considerar el hecho de que, en estos casos, la prueba pericial no podrá tener la misma fuerza, pero no por ello debe ser rechazada por completo.

En todo caso, el perito debe informar siempre acerca de lo amplia que era la muestra estadística de supuestos similares que utilizó, *v. gr.,* para calcular el precio de un inmueble en el caso de un arquitecto. O para describir la peligrosidad de un «punto negro» en una carretera en el caso de un técnico en seguridad vial.

Y es que no son aceptables los informes *grosso modo*. Ese tipo de informaciones, en realidad, lo que hacen es encubrir una falta de estudio estadístico de casos similares, que debe realizarse dado que no se le está preguntando al perito cuánto cree él que vale una finca, sino que se le pide que investigue ventas similares, de las que dé noticia objetiva, y que efectivamente se acabaran saldando con el precio que él dice. O bien en el caso de pericias ambientales, no se le solicita al perito si cree que un río está contaminado, sino que acredite verdaderamente que el consumo de las sustancias halladas en el río son incompatibles con la salud de la fauna y de la flora, justificando por qué. Con una mínima experiencia, todo el mundo podemos calcular por encima

---

[215] MURPHY, *Murphy on evidence*, cit., pp. 352 y ss.

el precio de un inmueble, o podemos detectar si un producto está en malas condiciones en caso de que su corrupción sea evidente. Pero lo que pretendemos de un perito es que nos explique por qué, lo que sólo puede realizarse acudiendo a una muestra de supuestos similares lo suficientemente amplia, acreditando además por qué dicha muestra es, precisamente, suficientemente amplia según los parámetros científicos.

Estamos hartos de ver en los medios de comunicación estudios sobre la incidencia del consumo de un alimento o sustancia en la salud de las personas, cuya muestra es pequeñísima y sólo busca impresionar al público para dar publicidad a un determinado centro de investigación o también a un determinado producto. Evidentemente, la calidad de la publicación donde haya salido publicado el estudio puede ser un parámetro de valoración de la muestra, como he dicho anteriormente, pero lo deseable es que el peritaje se base en un estudio completo que recoja todas las fuentes al efecto.

4. *Que el dictamen se base en suficientes hechos y datos*: el perito debe acreditar que su examen no fue ejecutado superficialmente, sino que la recogida de muestras y evidencias fue realizada debidamente.

A tal efecto puede aportar fotos, u ofrecer datos muy concretos de las mediciones que realizó, justificando que el hecho de no tomar más muestras obedeció a que no hubiera servido de nada, o no hubiera aportado ulteriores evidencias al dictamen. También debe acreditar que no haya pasado demasiado tiempo para realizar el examen, de forma que se corrompa el objeto de la pericia [216]. O si ha pasado ese tiempo que acredite qué es lo que aún se puede descubrir. En este sentido, por ejemplo, los informes de las autopsias suelen dar noticia del tiempo aproximado que la persona lleva fallecida, a través de las diversas evidencias cadavéricas. Pues bien, dependiendo del tiempo que ha transcurrido, habrá datos que han perecido. Dar noticia de esos datos sin acreditar la fiabilidad de la fuente, o no informar de ese tiempo transcurrido, serán evidencias claras de que el dictamen no se realizó correctamente.

Para valorar todo lo anterior, la experiencia del juez en los distintos dictámenes periciales, que debiera formar parte de su aprendizaje, como ya referí, tendría que jugar un papel fundamental, porque podrá valorar si el dictamen es ilusorio, o está basado realmente en datos auténticos y, sobre todo, suficientes, utilizando debidamente su propia experiencia adquirida a través del debido aprendizaje.

No obstante, el problema que tiene todo lo anterior es el que suele encontrarse siempre que un profesional realiza trabajos reiterados: la utilización de modelos. Para ganar tiempo, los peritos, al igual que el común de los juristas, trabajan con plantillas que hacen menos farragoso su trabajo. De esa forma ahorran repetir lo mismo una y otra vez. Pero con cierta frecuencia acaba sucediendo lo mismo que con los escritos judiciales o los escritos de parte: que en el producto final del trabajo, es decir, el dictamen, se dan un cúmulo de informaciones que a nadie interesan, o que simplemente son

[216] Flores Prada, *La prueba pericial*, cit., p. 401.

sobreabundantes porque nada significan, y sencillamente están dispuestas para otorgar una falsa imagen de erudición al trabajo realizado. Además, a veces se cometen evidentes errores de trascripción.

Con la finalidad de evitar esos defectos, que en el fondo encubren el hecho de que el dictamen no se ha realizado, habría que luchar contra la costumbre de utilizar los citados modelos. Soy consciente de que ello es muy difícil, prácticamente imposible, aunque debería hacer pensar el hecho de que si algo se repite mucho, quizás es que ni siquiera es necesario decirlo. El dictamen resultará más breve y probablemente desmerezca a los ojos de un necio por su falta de «volumen». Pero si contiene las informaciones precisas y ha seguido los parámetros de calidad enunciados en este apartado, lo más conveniente es que no diga absolutamente nada más. Una cosa es utilizar una mínima plantilla para elaborar un informe, y otra cosa es hacer un uso abusivo y sistemático del llamado «cortar y pegar».

Por supuesto, del modo que estoy indicando la elaboración de los dictámenes se dificulta, porque se hace más farragosa para el perito. Pero a la vez se simplifica la labor judicial que, en otro caso, es decir, si el dictamen dice siempre el mismo tipo de palabras vacías, lo que sucede es que el juez no sabe con qué carta quedarse. Hay que extender definitivamente la conciencia de que un dictamen pericial no es una forma sencilla de que un perito gane un sobresueldo con un trabajo que, en el fondo, le aburre, diciendo una y otra vez lo mismo. Para ello, debería servir de punta de lanza la labor de la jurisprudencia rechazando dictámenes que no reúnan los requisitos enunciados en este apartado. Con ello, el resultado de esta prueba podrá ser verdaderamente útil e inteligible, como ya sucede en no pocas ocasiones.

Por tanto, creo que con todo lo anterior se han ofrecido los únicos parámetros que el juez puede valorar realmente a la hora de examinar un dictamen pericial, sin conocer realmente la ciencia empleada en ese dictamen. Todo lo anterior creo que es muchísimo más que remitir simplemente al juez a las «reglas de la sana crítica», a fin de proceder a la valoración de esta prueba. Con los criterios ofrecidos, a la hora de valorar lógicamente el dictamen [217], el juez contará por lo menos con una serie de puntos objetivos en que apoyarse. Hay que resignarse al hecho evidente de que el juez no va a conocer, normalmente, las máximas de experiencia técnicas utilizadas por el perito, por lo que aunque ciertamente pueda acudir a bibliografía específica para ilustrarse sobre la materia [218], parece mucho más plausible que consulte los criterios objetivos anteriormente mencionados, que no que intente utilizar una supuesta ciencia privada que probablemente no posea. Aunque no puede descartarse el valor que tendrá que el juez, para su mejor comprensión, intente verdaderamente adquirir dichos conocimientos.

Habrá quien pensará, tras toda esta exposición, que el juez no podrá ni siquiera valorar esos parámetros ofrecidos, en el sentido de que desconoce

---

217 *Vid.* J. PICÓ JUNOY, *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona, 2001, p. 161.
218 SERRA DOMÍNGUEZ, *Prueba pericial*, cit., p. 531.

cuáles son las publicaciones de calidad[219], o los índices estadísticos de muestreo adecuados en una u otra pericia. Ello sin duda es cierto, pero ese dato no le quita valor a lo indicado. Son las partes, o el propio juez con su ciencia privada, los que tienen que valorar críticamente esos datos. A tal efecto, el juez podrá ver si las referencias aportadas por el perito son aparentemente suficientes, pero los litigantes podrán intentar convencerle justamente de lo contrario rebatiendo lo dicho por el perito, no sólo en fase de conclusiones, sino a través de su interrogatorio, en el sentido que veremos después. Por tanto, con esta matización, cabe reafirmar la conclusión de que los ofrecidos son los únicos parámetros que el juez, realmente, puede valorar.

D) El contraste del parecer expresado en el dictamen

Uno de los principales problemas que se suscitan con la prueba pericial, y que suele traer de cabeza a todos los operadores de la justicia[220], es la existencia en un proceso de diversos dictámenes periciales que concluyan justamente lo contrario entre sí. O bien que existan pruebas que, a ojos de cualquier profano, parezcan contradecir el dictamen pericial de manera que, por bien fundamentado que esté el mismo, cuesta muchísimo dar acogida a sus conclusiones porque no parecen estar adaptadas a criterios lógicos. Veamos con detenimiento esos dos problemas, antes de resolver la cuestión central en esta materia y que deriva de los anteriores epígrafes y de los dos siguientes: el seguimiento de las conclusiones del dictamen por parte del juez.

a) *La contradicción entre dictámenes periciales*

No está de más recordar ahora que cuando en un proceso las partes, o el juez, disponen la celebración de una pericia, es porque faltan los conocimientos técnicos necesarios para resolver el caso concreto. Se piensa que acudiendo a un experto se logrará resolver la cuestión. Sin embargo, en algunos supuestos, como sucede en el procedimiento ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya se dispone que no exista un solo perito, sino dos[221]. E incluso prevé dicha ley que en caso de discrepancia entre los dos peritos, se pueda nombrar a un tercero (art. 484). Pero tampoco se resuelve la cuestión de qué ocurre si los tres peritos dan una opinión distinta entre sí. El último precepto citado, en caso de que no se pueda repetir la pericia para revisar el parecer emitido, dispone que los peritos simplemente deliberen entre sí, en búsqueda de una solución común. Pero tras ello, como casi siempre, se deja al juez en soledad para que resuelva el problema al que ni los expertos encontraron solución.

---

[219] Aunque actualmente muchas están indexadas, por lo que no es en absoluto difícil, precisamente en el ámbito científico, consultar esa indexación en internet.

[220] *Vid.* el resumen jurisprudencial de Flores Prada, *La prueba pericial*, cit., pp. 418 y ss.

[221] **Art. 459.** Todo reconocimiento pericial se hará por dos peritos.

Se exceptúa el caso en que no hubiese más de uno en el lugar y no fuere posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para el curso del sumario.

Resulta ciertamente curioso que no se haya abordado verdaderamente este problema tan frecuente. La jurisprudencia suele ampararse, sistemáticamente, en la libertad del juez a la hora de seguir o no el dictamen, lo que equivale a no decirle cómo puede usar esa libertad. En la doctrina tampoco se hallan auténticas soluciones a esta dificultad.

El problema es ciertamente complejo, y si ni doctrina ni jurisprudencia le han encontrado una solución razonable no ha sido por falta de esfuerzo, sino porque la cuestión es muy delicada. Partiendo de la base de que un juez no tiene los conocimientos técnicos de la materia objeto del dictamen, el hecho de que siga el parecer de un perito significa automáticamente que ignorará la opinión del dictamen contradictorio. Y lo lógico en ciencia es rebatir una opinión con argumentos científicos, que en este caso el juez no tiene. Por consiguiente, el juzgador seguirá uno de los dos o más dictámenes existentes, simplemente porque le convence más. Pero la explicación de por qué le convence más normalmente no está jamás en la sentencia, simplemente porque el juez, por su formación, no puede ser capaz de expresarla.

En mi opinión, la correcta solución al problema pasa por realizar un necesario ejercicio de humildad, reconociendo que el juez, aunque puede saber algo de la ciencia de que se trate, normalmente no será un experto en la misma. Es decir, que aunque probablemente fuera deseable, el juez no va a poder motivar con criterios científicos el seguimiento de uno u otro dictamen, simplemente porque no tiene competencia para ello. Desde luego, podría tenerla. Es posible, por ejemplo, que un juez sea a la vez economista, con lo que entenderá con más facilidad las pericias contables. O bien es posible también que posea una formación en criminalística que le permita interpretar correctamente los dictámenes científicos de todo tipo que se le presenten en el proceso penal. Quizás también ha cursado la carrera de psicología, por lo que no sería en absoluto rechazable que utilizara su ciencia privada para resolver el puntual problema que se haya planteado, por ejemplo, a la hora de conceder la custodia de un niño a uno de los dos progenitores. En otras materias es menos probable que posea formación, pero de poseerla, no es ya que debiera informar a las partes de que tiene esa formación, sino que podrá utilizar las máximas de experiencia técnicas que conozca para resolver el caso concreto, expresándolas de ese modo en la sentencia, y permitiendo con ello a las partes poder criticar su razonamiento.

De no ser así —y suele no ser así—, la pura verdad es que el juez no podrá motivar con criterios científicos su razonamiento probatorio. Ello supone un indudable handicap para la sentencia, pero tenemos que resignarnos a que sea así en muchos casos. El juez no es omnisciente, y aunque reciba la utilísima formación en pericias a la que aludimos en el capítulo anterior, no podrá arriesgarse a entrometerse en un campo de la ciencia que le es ajeno.

Siendo ello así, si resulta imposible motivar científicamente la sentencia con razonamientos propios del juez, lo único que es posible hacer es seguir uno de los dos dictámenes. Podría pensarse que el juez debería recoger de cada dictamen lo que le parezca más aprovechable, pero ello sería sumamente peligroso. Si el juzgador no tiene formación para formarse su propia

opinión sobre la cuestión debatida, mucho menos la tendrá para seleccionar aspectos de los dictámenes que le parezcan más fundados, porque con ello estará procediendo a una completa mutilación de los mismos siguiendo simplemente su intuición, lo que puede conducir a un resultado todavía más incorrecto. Salvo que el dictamen admita su separación en apartados concretos del proceso que no sean realmente conexos entre sí, en caso de que el juez empiece a escoger lo que le interese de cada dictamen, lo que se va a producir es un auténtico *totum revolutum* con enormes posibilidades de redundar en una sentencia inmotivada.

Pero aun suponiendo que no proceda a esa mutilación, sino que escoja uno de los dictámenes que figuren en autos, queda por resolver la pregunta principal: ¿cómo selecciona el juez el mejor dictamen? Lo único que puede hacer, descartada la cuestión científica, es acudir a los criterios que se acaban de ofrecer anteriormente. Es decir, tendrá que examinar la profesionalidad del perito, así como la coherencia interna, razonabilidad y seguimiento de parámetros científicos de calidad en el dictamen, motivando debidamente esos extremos, en el sentido visto anteriormente, a cuya exposición me remito.

Para ello resultará de gran ayuda el interrogatorio del perito, del modo que vamos a ver enseguida, dado que las explicaciones verbales del perito sobre su propio dictamen pueden ser verdaderamente esclarecedoras de los puntos antes vistos. Cabe descubrir incoherencias o faltas evidentes de rigor científico, que son fundamentales para valorar dichos dictámenes con los parámetros acabados de ofrecer.

Sólo si todo lo anterior resulta fallido será posible acudir al hecho de que el perito sea de designación judicial o sea de designación de parte. Ya vimos que la desconfianza en unos y otros se basaba en buena medida en algunos tópicos con mayor o menor incidencia. Lo que ocurre es que esa desconfianza se ha utilizado abusivamente porque es muy cómodo desautorizar a un perito diciendo simplemente que es de parte, omitiendo la valoración de todos los extremos acabados de citar, cuya determinación evidentemente resulta más compleja. Y es que, como ya dije, ya se sabe que un perito de parte ha realizado un dictamen que favorece a su cliente, porque de lo contrario éste no lo presentaría. Pero ello no quiere decir, sin más, que el dictamen sea sesgado, o que el perito sea poco profesional. Cuando consideramos esta problemática olvidamos constantemente que el perito es posible que haya hecho un dictamen imparcial, porque su cliente tenga razón. Y ello tampoco debería ser pasado por alto.

Por tanto, en la motivación de la sentencia, suponiendo que el juez posea dos dictámenes contradictorios, tendrá que proceder al análisis separado de cada uno con los criterios objetivos vistos anteriormente. El dictamen que resulte mejor fundamentado según esos criterios será el dictamen que tendrá que seguir. Pero el problema, en realidad, todavía no se ha resuelto, porque es posible que los dos dictámenes estén perfectamente fundamentados siguiendo todos los parámetros de calidad, y no quepa dudar en absoluto de la profesionalidad de los peritos. Una posible vía de salida sería que el juez

utilizara sus propios conocimientos técnicos sobre la materia, si los hubiere, pero ya vimos que esta vía, aunque no descartable, es bastante infrecuente.

Ante tal problema, otra vía de salida sería acudir a la resultancia de otras pruebas, pero esta solución será analizada en el epígrafe siguiente. Pero con todo y con eso, seguirá habiendo casos en los que va a ser del todo imposible quedarse con uno u otro dictamen, porque puede ser incluso que en ambos se expresen dudas, o no se establezcan resultados concluyentes [222].

En esos casos, lo cierto es que la prueba es infructuosa. El perito posee un privilegio que no tiene el juez, consistente en que puede decir en su dictamen que no puede establecer la solución al problema planteado, porque la misma no es concluyente en la ciencia. Pero el juez no puede obrar del mismo modo. Por tanto, volviendo al problema inicial, ante la perspectiva de que los dictámenes se contradigan entre sí y ambos sean perfectamente fundamentados, incluso tras el interrogatorio de ambos peritos, lo cierto es que el resultado de la prueba es infructuoso, y hay que obrar en el sentido que obligan las normas jurídicas en estos casos en que la motivación resulta imposible.

Es decir, si llegan las cosas a ese punto, no va a quedar otro remedio que aplicar las reglas de carga de la prueba, o bien la presunción de inocencia en el proceso penal, interpretando en este segundo caso ese vacío probatorio a favor de reo. Y en el primer caso, es decir, en el resto de procesos, habrá que analizar a quién debe imputarse la falta de evidencias sobre el caso concreto, fallando en su contra, como ya se ha dicho reiteradamente. Y es que ante la imposibilidad de valoración de la prueba, el ordenamiento no deja otra solución que acudir a estas cláusulas de cierre del sistema probatorio.

Pero es preciso advertir de que es posible que ni la carga de la prueba solucione el problema. En algunos procesos como los de división de la cosa común, puede no ser factible imputarle a ninguna de las partes la responsabilidad por el hecho de que la finca no haya obtenido una tasación segura. En estos casos no existe otro remedio que practicar una nueva tasación, si es procedimentalmente posible. Y si no lo es, no quedará ya otro remedio que disponer que el juez, a la luz de los dictámenes existentes, realice su propia valoración teniendo en cuenta los datos que aportan. Aunque ello arroja un resultado que puede ser absolutamente inaceptable, dado que quien acaba realizando la valoración no es ningún experto. Por eso hay que obrar con extrema cautela durante el proceso intentando impedir, en cualquier caso, que se produzca finalmente esta desgraciada situación.

---

[222] Es lo que sucedió, por ejemplo, en el caso del proceso contra los piratas somalíes, en el que el 20 de octubre de 2009 el Juzgado Central de Instrucción núm. 1, en las Diligencias previas 297/2009-10, se dictó un auto en el que se informaba que se habían practicado diversos exámenes periciales practicando radiografías de la clavícula para valorar la fusión epífisis medial, a fin de averiguar si el imputado tenía o no la mayoría de edad. Pues bien, los dictámenes sólo dijeron que el imputado tenía una edad mínima de diecisiete años, pero no pudiendo concluir si llegaba a los dieciocho. El juez, realizando la interpretación más favorable al reo, concluyó que el imputado era menor de edad, aunque esta opinión fue reformada posteriormente.

b) *La contradicción del dictamen pericial con el resultado de otras pruebas*

Otra dificultad verdaderamente comprometida es que el dictamen pericial contraste con lo que se desprende de otros medios de prueba. Es decir, por ejemplo, que los documentos obrantes en autos y los testimonios lleven a una conclusión, resultando el parecer del perito contradictorio con los mismos. Incluso argumentando que por una parte está la resultancia de los otros medios de prueba y, por la otra, el dictamen del perito, que sólo serviría para valorar críticamente esa resultancia [223], la posibilidad de contraste existe, al menos desde el punto de vista lógico, dado que cuando se aportan los dictámenes periciales al proceso, todavía no conocemos las conclusiones que se van a extraer del resto de medios de prueba. Por ello, no queda otro remedio que valorar esa posible contradicción y tratar de desentrañarla.

En estas situaciones, decir que el juez debe acudir a las máximas de experiencia es poco menos que un sarcasmo, porque el juez no conoce dichas máximas técnicas, y su conocimiento de ellas deriva de dos o más dictámenes perfectamente contradictorios. La contradicción puede tener diversas causas, y la mayoría de ellas son explicables fácilmente. La principal es que los observadores no técnicos no valoran del mismo modo lo que ven que los que sí que son expertos en la materia. Por ejemplo, es posible que los testigos de un accidente indiquen que el trato dispensado por los médicos y los enfermeros a los accidentados no fue el correcto, fundamentalmente porque oyeron gritos, vieron escenas de dolor intenso, así como rápidos movimientos de los profesionales en el manejo de los enfermos y de las camillas.

Y sin embargo, ello no evidencia una mala praxis, ni mucho menos. La velocidad es imprescindible cuando un paciente puede tener una hemorragia interna muy grave, lo que es especialmente factible tras un accidente de tráfico, incluso aunque el accidentado parezca estar ileso. Ello puede hacer que las maniobras de traslado parezcan violentas, y que cualquier observador pudiera declarar en un juicio, a la postre, que la muerte pudo producirse como consecuencia de ese aparente maltrato, lo que sería claramente erróneo.

Por tanto, ante esta realidad, lo primero que debe tener en cuenta el juez es que los testigos no suelen ser competentes para valorar acontecimientos que sólo se pueden examinar correctamente desde el punto de vista científico. Es decir, el juzgador tiene que aislarse de esos testimonios, que además serán probablemente muy sinceros, pero no veraces, porque no pueden serlo técnicamente hablando [224]. Desde luego, si lo observado en otras pruebas

---

[223] Así, M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentario al art. 1.243», en AAVV (dir. ALBALADEJO), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales,* Madrid, 1991, p. 537.

[224] Hace algunos años, concretamente en 1988, un profesor de Filosofía del Derecho puso durante una clase en la que me hallaba de oyente, un ejemplo que me parece bastante ilustrativo. Ponía por caso el de unos espectadores en un partido de fútbol, que se suspendía tras empezar a llover con especial intensidad. Un observador local diría que el partido se ha suspendido a causa de la lluvia. Y en cambio un indígena de una tribu remota podría llegar a interpretar que los jugadores habían bailado la danza de la lluvia. Evidentemente, el acervo de conocimientos del observador influye muy decisivamente en su juicio crítico.

coincide con lo manifestado por el perito, no existirán problemas de valoración. Pero de lo contrario se hallará el juez ante el inconveniente analizado en este epígrafe.

Ante esta perspectiva, el juez debe examinar aisladamente cada medio de prueba, estableciendo la credibilidad que le merece cada uno de ellos atendiendo a los criterios establecidos hasta este momento. Y analizada cada prueba por separado, deberá establecer finalmente qué le merece más crédito, si el dictamen pericial o el resto de pruebas. Es muy difícil que todas las pruebas practicadas tengan un resultado intachable, por lo que siempre habrá alguna que quede en segundo lugar en el juicio de credibilidad. Si la que queda en ese segundo lugar es el dictamen pericial, deberá motivarlo así en su sentencia, dándole preferencia a la prueba que le haya parecido más creíble.

El dictamen pericial es un medio de prueba exactamente igual a los demás en cuanto a la credibilidad que merezca, que debe ser analizada por el juez. Se ha dicho con reiteración que el perito simplemente suministra al juez los conocimientos técnicos que a éste le faltan. Y ojalá fuera solamente así. Pero es que tratándose el perito de un ser humano, el mismo no se limita a ofrecer al juez su conclusión, sino que intentará convencerle de la bondad de su parecer, aunque solamente sea ofreciéndole una impresión de rigor y objetividad en la expresión de su dictamen, con la que intente ganarse el perito una imagen de profesionalidad ante el juez.

Por eso no se puede mirar al experto como un libro abierto que aporta objetivamente los resultados de su ciencia, porque rara vez es así. Desde el momento en que esos resultados son interpretables, y esa interpretación la lleva a cabo un ser humano, el dictamen pericial no puede ser tratado como una exposición acrítica de conocimientos técnicos, sino como un relato acerca de lo acaecido en el caso que se le plantea al perito.

Por ello, el peritaje no tiene preferencia alguna con respecto a otras pruebas, sino que su resultado debe ser contrastado conjuntamente con el resto de medios de prueba, dependiendo su credibilidad de lo que resulte de los criterios objetivos propuestos hasta este momento, así como del interrogatorio de los peritos, en el sentido que veremos más adelante.

En consecuencia, como veremos a continuación, es perfectamente posible que el juez se aparte del dictamen pericial, por supuesto atendiendo a esos criterios objetivos. Aunque también, como hemos expuesto en este epígrafe, porque aquello que dice el perito en su dictamen es tan contradictorio con lo que evidencia el resto de medios de prueba, que el juez simplemente acabe por no creerlo.

Pero la situación es muy comprometida. Ya se ha dicho que el juez no suele poseer los conocimientos técnicos precisos, por lo que es muy difícil que se aparte del dictamen pericial, digan lo que digan el resto de medios de prueba. Al fin y al cabo, siempre es más probable que confíe en la objetividad de un experto que en lo que se desprenda de testimonios y declaraciones de

parte, aparentemente siempre subjetivas, o incluso de documentos, aunque sobre este último punto abundaremos más adelante.

Sin embargo ese modo de proceder tampoco es acertado. Ya vimos en su momento cómo era posible obtener la objetividad de las declaraciones de personas, por lo que aquello que resulte de esos medios de prueba también debe ser tenido en cuenta bajo esos parámetros. El juez, por tanto, debe valorar separadamente, como ya he dicho, la credibilidad que le merezca cada medio de prueba. Y sólo después de ese análisis deberá concretar qué medio le merece mayor credibilidad, en caso de ser contradictorios entre sí. Si todos los medios de prueba confluyen en un sentido, la valoración será más sencilla, pero si no es así, el juez deberá dar razones acerca de por qué confía más en el dictamen pericial que en el resto de medios de prueba, acudiendo a los criterios citados hasta el momento.

E) El seguimiento del dictamen pericial por el juez

Se ha discutido con cierta frecuencia si el juez está obligado o no a seguir el dictamen pericial. La jurisprudencia sólo le ha dicho a los tribunales de primera instancia sobre todo, con muchísima reiteración [225], que si no lo siguen, razonen por qué se separan del mismo, pero al mismo tiempo se ha defendido con bastante vehemencia la libertad del juez respecto del perito. Se acaban de ofrecer una serie de criterios bastante objetivos que permitirían al juez, o bien separarse de dicho dictamen exponiendo en la motivación conclusiones distintas a las del perito, o bien incluso no tenerlo en cuenta a la hora de motivar su sentencia, destacando lógicamente los defectos del dictamen que obligan al juzgador a no tomarlo en consideración. Pero ése no es el problema en realidad.

Por otra parte, las leyes disponen la libre apreciación de esta prueba, dentro de lo razonable, como es evidente. Por supuesto, por ejemplo, el juzgador no puede prescindir de datos claramente objetivos de un dictamen,

---

[225] STS (Sala 1.ª) 22-7-2009 (núm. rec. 440/2005), FD 2: «Esta Sala tiene declarado que la prueba pericial debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, que como módulo valorativo establece el art. 348 de la LEC, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (entre otras, SSTS de 13 de febrero de 1990, 29 de enero de 1991, 11 de octubre de 1994, 1 de marzo y 23 de abril de 2004, 28 de octubre de 2005, 22 de marzo y 25 de mayo de 2006, 12 de abril, 20 de junio y 29 de noviembre de 2007 y 29 de mayo de 2008)».

STS (Sala 2.ª) 12-5-2009 (núm. rec. 1536/2008), FD 5: «La doctrina de esta Sala admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando: *a)* existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentado, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario; *b)* cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen».

como sería la cantidad de sustancia estupefaciente analizada, o bien la altura y medidas somáticas de un menor debidamente acreditadas. O bien no puede tener en cuenta un dictamen de modo sesgado, es decir, acogiendo del mismo solamente aquello que le interese para fundamentar su fallo ya preconcebido de antemano, pero sin motivar por qué desprecia el resto de las conclusiones del perito, con los peligros que esa acción conlleva y que ya fueron referidos anteriormente. Pero insisto, el problema no es exactamente si el juez debe seguir o no el dictamen, porque a la vista de lo expuesto, es obvio que, motivándolo debidamente [226], puede no seguirlo, salvo en esos datos absolutamente objetivos y teniendo cuidado, en todo caso, de no mutilarlo interesadamente.

La cuestión verdaderamente polémica, y que subyace tras todo lo anterior, es si el hecho de separarse del dictamen pericial es algo recomendable, o bien incluso si se puede llegar al extremo de prescindir del mismo acudiendo a las reglas de carga de la prueba, una vez determinada la inutilidad del dictamen, en caso de que no haya otra prueba disponible en el proceso que permita al juez extraer las debidas conclusiones. Ése es el problema que está en el fondo de toda esta discusión, aunque no se haya destacado habitualmente de este modo. Es decir, no estamos discutiendo sobre si el juez puede o no apartarse del dictamen, porque es obvio que sí que le es posible. Lo que debe determinarse es si es razonable hacerlo.

La situación es bastante más frecuente de lo que se puede creer. Con frecuencia, y por las razones antes expuestas, los peritajes son muy defectuosos, básicamente por sus malas explicaciones, o simplemente por su superficialidad. En estas situaciones, la realidad es que la prueba practicada, o es insuficiente, o simplemente es inconducente, porque no ayuda al juez a resolver el caso concreto. En momentos como esos, tras haber intentado aprovechar al máximo lo que pueda salvarse del dictamen, sin resultado, e incluso pensar en una posible responsabilidad civil del perito por su mala actuación, finalmente no queda otro remedio que acudir a la carga de la prueba —o a la presunción de inocencia en el proceso penal—, en caso de insuficiencia de los dictámenes, simplemente porque la valoración de la prueba ya se ha intentado y no ha sido posible. El juez se habrá fijado en los criterios de calidad antes citados, y viendo que no se han seguido llegará a la conclusión de que no puede confiar en ese dictamen. La solución es indeseable, extrema, pero ante la prohibición del *non liquet* lo cierto es que no queda otro remedio.

Y ese resultado, no estando sustentado en una auténtica actividad probatoria, debe ser una *ultima ratio*, un último recurso al que acudir cuando han fracasado los medios habituales de demostración de los hechos en el proceso. En el proceso penal, evidencia la inocencia del acusado el hecho de que no exista prueba, resultado que el juez está obligado a inserir en esos términos de inculpabilidad en la sentencia para que no quede ni la más

---

[226] SERRA DOMÍNGUEZ, *Prueba pericial*, cit., p. 533. PARRA QUIJANO, *Manual de Derecho probatorio*, cit., p. 655.

mínima sombra de duda con respecto a la inocencia del acusado [227]. Pero en el proceso civil, recurrir a la carga de la prueba supone valorar la conducta de las partes en la actividad de aportación probatoria, condenando a quien suponga el tribunal —o las leyes— que tenía la fuente de prueba más disponible. Y esta última es una auténtica solución, como digo, extrema [228], que en realidad se aparta de la actividad probatoria en sentido estricto. Pero ciertamente no quedará más remedio que analizar a quién debe imputarse la falta de evidencias sobre el caso concreto, fallando en su contra, como ya se ha dicho reiteradamente. Y es que ante la imposibilidad de valoración de la prueba, el ordenamiento no deja otra solución que acudir a estas cláusulas de cierre del sistema probatorio. Aunque no siempre sea factible, como ya se dijo anteriormente, cuando, por ejemplo, se trate de la tasación de una finca que no se haya valorado debidamente sin culpa de ninguna de las partes, situación que, como señalé, hay que evitar por todos los medios, puesto que la única vía de salida a la misma es que el juez realice la valoración apoyándose en los pocos datos que obren en el proceso sobre la finca, lo que siempre es inconveniente porque el juez no es ningún experto en la materia.

Además, ante esa realidad lo más frecuente será encontrarse con un auténtico callejón sin salida verdaderamente razonable, pero debe reconocerse que, como toda actividad humana, la actividad jurisdiccional tiene unos límites más allá de los cuales es materialmente imposible acudir.

F) La valoración de la declaración del perito

Como se acaba de mencionar, una de las soluciones para intentar llenar el vacío probatorio de un dictamen mal llevado a cabo, o bien incluso para deshacer el contraste entre dos dictámenes contradictorios, es precisamente disponer la comparecencia del perito en el proceso a fin de que sea interrogado.

Para realizar ese interrogatorio deberán seguirse las instrucciones que se dieron con respecto a la declaración de personas, y confiar en que, a partir de esas instrucciones, se logren esclarecer los hechos, al menos desde el punto de vista técnico. Con el perito no se debe perder de vista que se trata de alguien que ha sido requerido para declarar acerca de un dictamen que realizó valorando una situación en la que no tiene el más mínimo interés. Pues bien, desde el punto de vista de estas características de su persona, su testimonio podría decirse que debiera ser automáticamente creíble, sobre todo si su dictamen parece correcto según los criterios ofrecidos anteriormente, y su declaración resulta también creíble según los parámetros asentados al realizar la explicación de los testigos desinteresados.

---

[227] *Vid.* M. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, pp. 619-620.

[228] Explico este razonamiento en NIEVA FENOLL, *Los sistemas de valoración de la prueba*, cit., pp. 1035 y ss.

En primer lugar, es de esperar que el perito, en cualquier caso, sea coherente en su declaración, puesto que si ya le falta esta primera característica, definitivamente debería despreciarse su peritaje. El perito no tiene que realizar un especial esfuerzo para recordar, sino que va a declarar sobre aquello que peritó, sabiendo ya que podía ser llamado a un proceso. Aunque no son descartables los fallos de su memoria, dado que tendrá también otras ocupaciones y otros dictámenes, bien parece que leyendo nuevamente su dictamen antes de la declaración, el perito debería expresar sus impresiones de manera coherente, si el dictamen a su vez tenía esa coherencia interna. Pero si no lo hace así, como digo, su incredibilidad estará servida.

Por otra parte, parece también bastante factible que el perito que realizó de modo correcto su labor, no tendrá dificultades en contextualizar sus declaraciones, así como en aportar datos técnicos que corroboren lo que dice. Lo lógico es que la contextualización y esos datos referidos los haya aportado ya en su informe. Pero la habilidad del interrogador consistirá en preguntarle sobre algunos extremos de esa contextualización, o de esos datos que quizás se le pudieron pasar por alto, para ver si verdaderamente los tuvo en cuenta, o bien su examen del objeto de la pericia fue superficial.

No sería de esperar que el perito realice comentarios oportunistas, pero con cierta frecuencia se escuchan en las salas de vistas. Los peritos no suelen estar acostumbrados a enfrentarse a la situación que se produce en una declaración, pero incluso aunque sí que estén acostumbrados, lo que suele suceder es que se sienten cuestionados en su trabajo en ese trámite, lo que va a ocurrir casi inevitablemente cuando pregunte el letrado de alguna de las dos partes, sino de las dos, o incluso el juez. Incluso en ocasiones se observa cómo los peritos intentan replicar interpelando a los letrados, lo que es una simple manifestación de nerviosismo.

Entiendo que salvo que la parcialidad del perito sea demasiado evidente, no cabe tener en cuenta en exceso ese tipo de comentarios, puesto que en la mayoría de las ocasiones son simplemente defensivos de la profesionalidad de su trabajo. Un exceso de los mismos, evidentemente, puede llevar a la conclusión de que el perito sabe que realizó mal su dictamen, se siente acorralado y por ello trata de salvar sus deficiencias con retórica. Pero cuando ello ocurre, normalmente el dictamen ya ha quedado desacreditado por falta de coherencia, o por lagunas evidentes, o por extralimitaciones del perito, o bien por falta de seguimiento de los parámetros científicos. Todas esas deficiencias son descubiertas no solamente leyendo el dictamen, sino también a través de la declaración. En este contexto, la expresión de comentarios oportunistas no es más que un detalle anecdótico, tras el cual no puede intentarse omitir la motivación sobre el resto de extremos citados.

También cabrá cuestionar al perito sobre su profesionalidad. Es un aspecto a tener en cuenta en su declaración, como vimos, aunque sobre la misma debería el juez disponer que se le preguntara en último lugar, para no condicionarse con su declaración al respecto. Y es que es perfectamente posible que el perito no tenga un gran *curriculum*, pero en cambio haya realizado un dictamen impecable, cuya calidad pueda observarse siguiendo no

solamente los parámetros científicos, sino también a través de su declaración sobre los extremos de dicho dictamen. Ello es especialmente importante en el caso de peritos noveles, de los que en algunas ocasiones cabe esperar un informe más detallado por la lógica escasez de trabajo que suele padecerse casi siempre al principio del ejercicio de una profesión liberal.

Con todo ello, el juez podrá hacerse una idea de la verosimilitud de las afirmaciones del perito, y en qué medida sus explicaciones resultan convincentes, o bien que son simples generalizaciones que se escudan en una supuesta erudición científica del perito. En todo caso, este interrogatorio es fundamental y suele arrojar bastante luz sobre el dictamen, ayudando al juez a motivar por qué se ajusta o no a sus conclusiones en la sentencia.

Simplemente quiero advertir de que la motivación en estos casos también debe incluir la que el juez realice sobre la credibilidad de la declaración del perito, en el sentido que vimos más arriba. No es admisible que el juez utilice dicha declaración única y exclusivamente para confirmar datos de sus conclusiones sobre el dictamen, y que después omita las razones por las que consideró creíble la citada declaración.

6. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Comencemos diciendo lo absolutamente obvio: cuando el juez se encuentre ante un documento, lo que tiene que hacer es simplemente verlo y, si contiene caracteres escritos, leerlo, siempre que esté escrito en un idioma que entienda, ordenando su traducción en caso contrario. Si el documento contiene imágenes de la realidad, tendrá que reflejar en la sentencia lo que percibe, sin más. Y siendo la prueba documental de valoración libre —salvo en el proceso civil con respecto a los documentos públicos y los privados reconocidos—, exponiendo esas escasas normas de prueba legal y evaluando su contenido, prácticamente podríamos dar por terminados estos epígrafes, teniendo en cuenta que cualquier duda sobre la autenticidad de los documentos se resolverá a través de dictámenes periciales, en la forma que ya ha sido tratada.

Sin embargo, ello supondría, de nuevo, dejar al juez solo ante el documento, con la única ayuda de las «reglas de la sana crítica», sin decirle qué reglas sean estas, o al menos en qué ámbito del conocimiento pueden localizarse. Y es que los documentos no hay que leerlos en voz alta sin percibir su significado [229] como si estuviéramos examinando un documento en una lengua que no entendemos. Hay que captar su contenido, que aparece cuando se lee con detenimiento, o se observan con la misma atención las imágenes, si las contiene. Como afirmó el profesor SERRA DOMÍNGUEZ [230], hay documentos que contienen declaraciones testificales, es decir, expresiones de las personas

[229] O como dice D. CASSANY, *Tras las líneas*, Barcelona, 2006, p. 21, «oralizar la grafía».

[230] M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Prueba documental», en *Estudios de Derecho probatorio,* Lima, 2009, p. 239.

que son interpretables del mismo modo que ya vimos con respecto a ese medio de prueba. Si son declaraciones de las partes sucederá exactamente lo mismo, una vez suprimido el valor privilegiado de la confesión. Y ello pese al residuo incomprensible de dicho valor que queda en el art. 316 de la LEC, que ya fue comentado anteriormente.

No obstante, la expresión por escrito difiere considerablemente de la realizada en forma oral en muchas ocasiones. Además, el legislador ha identificado algunos documentos como de valor muy seguro, y por ello ha instituido la prueba legal para los mismos, como vamos a ver. Pero sin embargo, queda pendiente la interpretación de los documentos, que muchas veces no es tan sencilla. Los escritos no basta con leerlos, porque con ello no se capta su contenido, sino que simplemente se les da voz. Hay que percibirlos, y eso obliga a que el sujeto entienda debidamente lo que lee. Es decir, es forzosa la interpretación de la realidad para poder entenderla, como ya hemos visto desde el principio en esta obra.

Pues bien, al análisis de esas pocas normas de prueba legal todavía subsistentes, así como a la valoración o interpretación de los escritos, dedicaré las siguientes líneas.

A) Razonabilidad de la valoración legal de algunos documentos

En un panorama legislativo comparado en el que, de entrada, se rechazó tan contundentemente la prueba legal, sorprende que escaparan de la quema algunas de las antiguas normas en el nuevo sistema. La razón hay que encontrarla, como ya se dijo, en el peso de la obra de POTHIER [231] sobre el legislador francés, pero también en la resistencia de muchos juristas del siglo XIX [232] a perder las seguridades que, en el fondo, les otorgaba el viejo sistema, pese a las tremendas injusticias que ocasionaba y que fueron vistas algunas líneas más atrás.

Corresponde analizar a continuación la razonabilidad de la presencia actual de dichas normas en la normativa procesal, que por cierto se hallan presentes en varios Estados, como vimos en su momento [233]. Vaya por delante que las mismas son un auténtico «cuerpo extraño» en un sistema preponderantemente regido por la libre valoración y que, además, están inspiradas en consideraciones antiguas sobre el valor de los documentos, que se remontan, como ya se vio, al Código de Hammurabi [234]. No es que el hecho de que una norma sea antigua deba llevarnos a la conclusión de que es anticuada, ni mucho menos. Pero sí que es necesario revisar la actualidad de dichas normas para observar si es conveniente su mantenimiento en los tiempos actuales.

---

[231] POTHIER, *Traité des obligations*, cit., pp. 183 y ss.

[232] *Vid.*, por todos, DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, cit., t. II, pp. 134 y ss.

[233] Recordando rápidamente lo dicho anteriormente, las normas tradicionales de prueba legal sobre los documentos están vigentes en Francia, Bélgica, Italia, Portugal, Grecia, Alemania y, por supuesto, en España.

[234] §§ 150, 182 y 183 de dicho Código.

De lo contrario, los preceptos se transmiten acríticamente generación tras generación, sin que nadie repare en si tiene sentido que sigan estando en las legislaciones actuales.

a) *Valoración legal de los documentos públicos*

Ya vimos en su momento que la enumeración de documentos públicos con valor tasado —en mayor o menor medida— en las leyes antiguas era verdaderamente extensa [235]. De esas antiguas enumeraciones han sobrevivido algunas disposiciones que ya fueron expuestas al recopilar las normas de prueba legal actualmente subsistentes en las legislaciones europeas, y a esa exposición me remito.

Lo que cabe cuestionar en este epígrafe es si esos documentos, en la medida establecida en las leyes, deben seguir teniendo valor legal. Es decir, me pregunto si es necesario que las leyes sigan recordando que hace fe plena lo que se suscribe ante notario, al menos en cuanto a la fecha, la identidad de los otorgantes y del hecho documentado, como dispone por ejemplo el art. 319 de la LEC.

Quizás para dar una respuesta a lo anterior habría que imaginar un poco las circunstancias sociológicas del origen de los escribanos, mucho tiempo atrás. En la época en que nació esta figura, evidentemente, no existía ningún medio técnico que permitiese reflejar y conservar la realidad. No se podían grabar los hechos en ningún soporte, y de ahí la importancia que tenía que se recogieran por escrito. Esa necesidad se hizo patente en muchos campos, pero también en los procesos, donde en 1215 dispuso el Derecho canónico la necesidad de que se diere razón escrita de todo lo acontecido ante el tribunal, para que quedase constancia de ello [236]. Ello dio inicio a una larguísima época de estricta escritura en los procedimientos que aún hoy —siendo los procesos civil y penal orales— se arrastra en la tramitación de los expedientes, que siguen estando llenos de documentación de mera constancia perfectamente inútil y tremendamente farragosa.

En aquel tiempo, ante la falta de medios tecnológicos, era imposible dar fe de la realidad de otro modo. Y por ello había que conformarse con dar crédito a una persona aparentemente honesta, el escribano, para que dejara constancia de lo que había sucedido, disponiendo todo tipo de garantías para

---

[235] *Vid.* Partida III, Tít. XVIII.

[236] *«Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator, quandoque non potest veram negationem probare, cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati praeiudicet aut iniquitas praevaleat aequitati, statuimus ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario, iudex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut dos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant, videlicet citaciones et dilationes, recusationes et exceptiones, petitiones et responsiones, interrogationes et confessiones, testium depositiones et instrumentum productiones, interlocutiones, apellationes, renunciationes, conclusiones et cetera quae ocurrunt competenti ordine conscribenda, designando loca, tempora et personas...».* J. D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 22, Graz, 1961, pp. 1023-1026. La referencia del Concilio es: Lateranense IV, Innocentius P. III, Cap. XXXVIII, anno Christi 1215.

evitar que modificara posteriormente lo escrito [237]. Medios alternativos o incluso cumulativos a ello eran, por ejemplo, las contrataciones ante un cierto número de testigos, que ya vimos en su momento.

Pero hoy las cosas han cambiado muchísimo, y es verdaderamente sorprendente que existiendo medios de reflejar la realidad exactamente tal y como sucedió, sigamos confiando en la bondad de una sola persona, por más prestigio que nos merezca. No hablo solamente de los notarios, sino de todo el personal administrativo dotado de fe pública. Todos ellos generan documentos públicos a los que la ley otorga un valor probatorio privilegiado. Y ello mientras multitud de empresas privadas graban nuestra voz por teléfono para suscribir un contrato, por ejemplo. O cada vez son más los registros en lugar cerrado que se realizan en el proceso penal con grabación de la entrada y el registro, y sin la auténtica presencia del secretario judicial exigida por la ley, pero cuya ausencia tolera con frecuencia la jurisprudencia —y la práctica— al no considerarla determinante de una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio [238]. Y lo cierto es que pese a que estuviera el Secretario judicial presente, nunca sería capaz de reflejar todos los datos que

---

[237] Es muy ilustrativa la lectura de De Vicente y Caravantes, *Tratado*, cit., pp. 146-147, para tomar conciencia de las razones del antiguo sistema, inexistentes en la actualidad debido a la presencia de los medios tecnológicos en la sociedad: «Han de tener los escribanos conocimiento personal de las personas que otorgan, y de ello deberán dar fe en la escritura. No conociéndolas, exigirán la presentación de dos testigos que con juramento digan que los conocen y firmen la escritura. Del conocimiento de estos testigos dará fe también el escribano, y expresará sus nombres y domicilio (...). Contendrá el instrumento la expresión de la fecha y pueblo en que se otorga, como asimismo el nombre, apellido y vecindad de los otorgantes y testigos con todas sus letras, sin abreviaturas ni cifras, y las fechas y las cantidades escritas por letras y no por guarismos (...). Todo el contenido del instrumento ha de estar redactado con claridad, y escrito para este fin con letras, palabras y cláusulas claras e inequívocas, de modo que no quede duda en lo que se refiere (...). Debe además estar escrito con limpieza, sin blanco, raspadura, testadura, entrerrenglonado ni enmienda (...). Si algo se hubiere enmendado, borrado o adicionado, se salvará al fin del instrumento y antes de las firmas para evitar todo motivo de sospecha. Para precaver la necesidad de hacer alteraciones en el registro original, suele tener el escribano un cuaderno en papel común, que se llama minutario, en donde se extiende en borrador la escritura. En este minutario firmaban antiguamente los otorgantes».

[238] *Vid.* STS 12-4-2006 (núm. rec. 2501/2004), FD 1: «La doctrina del Tribunal Constitucional —SSTC 290/1994, 133/1995, 228/1997, 94/1999 y 239/1999— viene manteniendo de forma constante que el único requisito necesario y suficiente por sí solo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro de un domicilio, fuera del consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y el registro se practiquen, las incidencias que en su curso se puedan producir y los defectos en que se incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria. A este plano corresponde la asistencia del Secretario judicial cuya ausencia por tanto —en toda la diligencia o en una parte de la misma— no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio ni a la tutela judicial del mismo, aunque sí afecta a la eficacia de la prueba preconstituida por la diligencia. En definitiva tiene declarado el Tribunal Constitucional y ha sido reiteradamente recogido en sentencia de esta Sala que la ausencia de Secretario judicial en la diligencia de entrada y registro no afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando ha precedido la correspondiente resolución que lo autoriza. Cuestión distinta es la trascendencia que en el orden procesal puede tener la ausencia del Secretario Judicial en tal diligencia Y es asimismo reiterada jurisprudencia de esta Sala que el registro efectuado sin intervención del Secretario Judicial es procesalmente nulo, careciendo de operatividad y total falta de virtualidad a efectos probatorios si bien ello no empece a que merced a otros medios de prueba se evidencie la existencia real de los efectos que se dicen intervenidos y hallados en el domicilio registrado».

observa porque es imposible que sea tan fiel como una grabación, por más esfuerzos que empeñe.

No quiero arrojar ni la más mínima sombra de duda sobre la profesionalidad de los sujetos dotados de fe pública. Simplemente constato hasta qué punto la tradición puede pesar en las costumbres de las personas —especialmente de los juristas—, dado que siendo un reflejo más fiel de la realidad la grabación de la misma, no se entiende, realmente, por qué se confía más en el acta escrita que contiene una simple descripción necesariamente incompleta. Para entender gráficamente el anterior pensamiento cabría preguntarle a cualquier ciudadano si confía más en el relato escrito en un periódico por parte de un periodista, o en las imágenes que ve por televisión del mismo suceso relatado.

Es en esta línea en la que propuse [239] ya hace tiempo que se grabaran los actos de otorgamiento de los contratos celebrados ante notario, dado que de esa forma no solamente teníamos un reflejo más fiel de la realidad, sino que además podíamos percibir mejor algunos vicios del consentimiento de los otorgantes [240]. Ojalá algún día se produzca esa filmación, y al documento multimedia de la misma se adjunte el escrito del contrato celebrado. Será una forma mucho más adaptada al siglo XXI de realizar negocios jurídicos.

Mientras ello no llega, confiar en la fe de los documentos públicos no es más que, valga la redundancia, una cuestión de fe, que a día de hoy resulta tremendamente anticuada porque responde a la lógica de otra época. Además, como vimos en su momento, es patente la falta de coincidencia entre los ordenamientos europeos en cuanto a qué extremos del documento se extiende la fe, cifrándose la principal discusión en si se extiende o no esa constancia al contenido del documento.

En mi opinión, creo que aunque no se dispusiera el valor legal de los documentos públicos, cualquier juez los tendría por auténticos ante las dificultades que encontraríamos para imputar penalmente por falsedad a los que dieron fe. Es decir, encuentro razonable que exista una presunción de autenticidad de esos documentos en la mente de cualquier juez, pero de ahí a que ello sirva para establecer una norma de prueba legal indiscutible, me parece que media un largo trecho, sobre todo teniendo en cuenta la falibilidad de las personas, también de las que dan fe. No es que la presencia de la norma sea distorsionadora, pero probablemente, como decía, pertenece a otro tiempo ya pasado. La demostración de ello es que en el proceso penal no existe tal norma que confiera valor privilegiado a los documentos públicos, y no por ello se van cuestionando constantemente dichos documentos.

Entiendo que en el futuro esas normas acabarán desapareciendo. Se confiará en aquello que haya quedado filmado, y si se producen dudas sobre la autenticidad de la filmación se acudirá a un dictamen pericial. La figura del notario no tiene por qué dejar de existir, por sus funciones de asesoramiento

---

239 Nieva Fenoll, «La prueba en documento multimedia», cit., pp. 338-339.

240 Siguió esa línea Díaz Fuentes, *La prueba*, cit., p. 356.

y porque, además, poseerá toda la infraestructura necesaria para realizar la filmación en las debidas condiciones, sin que puedan existir sospechas de que la filmación fue condicionada por personas que no salen en la cámara, como ocurre, por ejemplo, con las grabaciones de cualquier secuestrado, o se sospecha que sucede en los noticiarios televisivos en países donde la democracia está ausente. Además, la filmación no tiene por qué recoger la lectura de todos y cada uno de los escritos que se firmen, sino simplemente de un resumen oral de lo más relevante que expresará el notario a las partes de la manera que les sea más comprensible.

Pero lo que siempre se seguirá discutiendo es en qué medida el documento prueba el hecho que documenta. Es decir, es posible que un escrito refleje que dos personas han suscrito un contrato de compraventa, pero por mucho que conste el mismo en documento público, ello no quiere decir que no haya existido una simulación contractual, por ejemplo. Y es que la eficacia de un documento público, incluso concebido en los actuales términos, no alcanza hasta esos extremos, porque para ello hay que averiguar las intenciones de los autores del documento. A esta interesante cuestión, capital en la valoración de la prueba documental y tradicionalmente olvidada, y que es común a todos los documentos, públicos y privados, dedicaré los últimos apartados de este grupo de epígrafes.

b) *Valoración legal de los documentos privados*

Otro de los temas que nadie parece cuestionar es el hecho de que deban tener valor legal los documentos privados no impugnados por ninguna de las partes en el proceso civil. Desde luego, parece más cómodo que sea así. El juez no corre el riesgo de extralimitarse incurriendo en incongruencia, lo que podría llegar a suceder en caso contrario. Y las partes, por su lado, pueden confiar en la estabilidad de la documentación aportada, que va a permanecer ya inmodificable e irrebatible durante todo el proceso.

Lo anterior fue inicialmente una expresión del llamado principio dispositivo. El juez no puede ir más allá de lo que le piden las partes, a riesgo de incurrir en incongruencia, como recuerda el art. 216 de la LEC española [241], o el § 308 de la ZPO alemana [242] entre otras disposiciones. Ahora bien, si el principio dispositivo consiste simplemente en el poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso [243], me pregunto cómo se pudo llegar tan lejos como para permitir que puedan consensuar que se dé por cierto un documento que sea falso.

---

[241] **Art. 216. Principio de justicia rogada.** Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.

[242] ***§ 308 Bindung an die Parteianträge.*** *(1) Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzsprechen, was nicht beantragt ist* (...).

[243] Aunque añadiendo otras manifestaciones del principio, *vid.* M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Liberalización y socialización del proceso civil», *RDProc,* 1972, p. 520. *Vid.* también L. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, Pamplona, 1985, pp. 518-519.

La discusión es antigua, y trasciende a la problemática del documento privado. De hecho, tiene su origen en el brocardo *secundum allegata et probata*, con el *partium* o sin él [244], y consiste en la circunscripción —o no— de la cognición del juez a lo probado por las partes, lo que se manifiesta actualmente en el llamado «principio de aportación de parte» [245]. Su origen es evidente que es ese mismo poder de disposición de las partes a través de la confesión en juicio y de la transacción, que se acabó mezclando con cuestiones probatorias por culpa precisamente de la errónea concepción de la confesión, como vimos más atrás [246].

En todo caso, esa posibilidad de que las partes acuerden que un documento es auténtico no es sino otra de las manifestaciones de la idea del *partium*. Lo que corresponde a continuación es decidir si es razonable esa idea, que desde luego impide la libre valoración probatoria.

Desde luego, en el proceso penal una conclusión probatoria semejante sería extravagante. Limitar la libertad de criterio del juez no tiene el más mínimo sentido en ese proceso, y entiendo que nadie se atrevería a rebatir lo anterior. Ahora bien, si nos centramos en el proceso civil, tampoco acaba de verse la razón de ser de ese límite a la libertad de apreciación del juez. Resulta antiepistémico que el juez deba verse vinculado por la supuesta realidad del documento, si dicho documento es claramente falso. Y ello puede suceder. Es posible que las partes quieran probar la existencia de un documento falso, y para ello inicien un proceso ficticio entre las mismas en el que se declare la autenticidad de ese documento, con el propósito lejano de perjudicar a un tercero. Imagínese, por ejemplo, que el propietario de un inmueble desea perjudicar a su colindante, intentando pasar por encima de los dere-

---

244 No está claro el origen de ese «*partium*», aunque el hecho de que se dijera en un inicio *partium* y no *a partibus*, como quizás sería lo lógico, podría confirmar el origen alemán del añadido al brocardo (*von den Parteien*), lo que explicaría que Picó Junoy, *El juez y la prueba*, cit., p. 36, haya encontrado la primera referencia al *partium* precisamente en Alemania, en los *Vorträge* de Wach de 1879. No obstante, probablemente el origen de la idea que expresa el *partium* (que no del *partium* propiamente) sea más antiguo y no exclusivamente alemán. Leyendo a De Vicente y Caravantes, *Tratado*, cit. t. II, p. 134, que escribe en 1856, se encuentra lo siguiente: «Sin embargo, la ley ha dejado á las partes en libertad de producir en juicio los medios de prueba que juzguen más convenientes entre los determinados por la ley; de suerte que el juez no puede obligarles a producir otros, *ni tampoco guiarse en sus providencias por mas pruebas que las presentadas por las partes del juicio; secundum allegata et probata iudex iudicare debet,* aun cuando extrajudicialmente le conste la verdad de un hecho que aparece en los autos como falso, o al contrario». La cursiva es mía. Además, en la obra del Conde de la Cañada, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, t. I, 2.ª ed., Valladolid, 1794, p. 95, se lee lo siguiente: «*Si los hechos estuviesen probados ántes de la conclusion, ya sea por avenencia de las partes o por confesion de alguna de ellas, de manera que la verdad se halle constantemente descubierta...*», lo que nuevamente confirmaría que es más antigua la idea, bastante denostada, de que la prueba en el proceso es asunto de las partes, y que quizás Wach lo único que hizo fue resumir esa idea con el *partium*. Lanzo simplemente la hipótesis, absolutamente rebatible, por supuesto, dado que la cuestión merece un estudio bastante más profundo en el que no puedo entrar en este momento, y por supuesto podría estar equivocado.

245 *Vid.* Picó Junoy, *El juez y la prueba*, cit., pp. 101 y ss.

246 Explica las razones de esta concepción probatoria M. R. Damaška, *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. de F. Cuomo Ulloa a la ed. de 1997 de *Evidence Law adrift*, Bologna, 2003, pp. 160 y ss, argumentando que en un origen, la finalidad de los procesos habría sido simplemente la resolución de conflictos, lo que hace más fácil concebir que las cuestiones que se susciten en el proceso, incluida la prueba, sean cosa de los contendientes.

chos de tanteo y retracto. Un tercero, que desea comprar, acude al proceso reclamando la propiedad del inmueble en virtud de un contrato privado de fecha anterior a la adquisición del retrayente. Por supuesto, al retrayente no se le informa de este proceso.

Es obvio que la sentencia no va a afectar al retrayente, porque no pudo participar en ese proceso si no fue debidamente notificado. Pero ése no es el problema, porque de todos modos se verá perjudicado, ya que para conseguir la declaración de falsedad del documento del supuesto adquirente deberá acudir a un proceso jurisdiccional. Por tanto, ciertamente, la sentencia no afecta al colindante, pero sí que le perjudicará en la medida indicada, que es relevante.

Pues bien, si el juez se da cuenta de que el documento es falso, por muy de acuerdo que estén las partes, no se comprende por qué podría rechazar por mala fe (arts. 21.1 y 247 de la LEC), por ejemplo, un allanamiento, que no haría prueba sobre la realidad del documento [247], y en cambio tiene que aceptar sin más que el documento es auténtico, teniendo como única alternativa —extrema— la declaración penal de falsedad. Es ciertamente curioso que teniendo el principio de aportación de parte su origen en el principio dispositivo, las leyes hayan acabado aceptando lógicas restricciones de este último que no han trascendido al primero.

En mi opinión, por tanto, las normas que prevén la indiscutibilidad de los documentos privados no discutidos son inoportunas, no sólo porque vayan en contra del sentido común por las razones referidas, sino porque pueden amparar sonoros fraudes procesales que el juez debe tener una oportunidad más sencilla de prevenir.

Por ello, estimo que esas normas sobre el valor legal de los documentos privados no deberían pasar de ser una mera orientación para el juez. Es completamente cierto que, normalmente, si las partes no discuten un documento, éste será auténtico. Pero no siempre. Por ello, que exista una suposición general de veracidad de estos documentos me parece absolutamente lógico y conveniente, para simplificar la materia probatoria en el proceso. Ahora bien, me parece excesivo que de ser una simple suposición orientativa se convierta en un mandato legal. Ya vimos en su momento que las escasas normas de prueba legal que habían quedado en nuestros ordenamientos se debían a las resistencias de los juristas del siglo XIX a despegarse por completo del sistema de prueba legal. Creo que pudiendo amparar esos acuerdos de las partes la existencia de una mentira que, de transformarse en una transacción podría ser rechazada por el juez, no tiene sentido alguno que las disposiciones probatorias de las leyes obliguen al juez a tener por cierta esa mentira.

B) Valoración de los documentos multimedia

Actualmente, y de hecho hace ya bastante tiempo, cuando se habla de prueba documental no podemos estar pensando exclusivamente en el papel

247 NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit., pp. 151-152.

u otro soporte que permita reflejar escritos que se perciban a simple vista, sin la ayuda de medios técnicos. Al contrario, debemos incluir en esta rúbrica también a todos los documentos multimedia, es decir, los soportes que nos permiten ver estos documentos en un ordenador, en un teléfono móvil, en una cámara fotográfica, etc. Todos ellos merecen la denominación de documentos, en el sentido que otorga el Diccionario a esta palabra: «Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos».

Desde luego, un documento informático es un escrito, dado que refleja muchas veces la escritura, y otras veces imágenes que son una reproducción todavía más fiel de la realidad que la propia escritura [248]. Como veremos, las leyes han equiparado totalmente todos los documentos, también los multimedia, a efectos de valoración. No obstante, la novedad de estas disposiciones es tan reciente que conviene detenerse, aunque sea brevemente, en la problemática que se desprende de estos documentos.

a) *Valoración de los documentos multimedia firmados electrónicamente*

Como decía, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha dispuesto actualmente la total equiparación entre los documentos escritos en papel y los documentos multimedia, de manera que estos últimos pueden ser también públicos y privados, de modo que ya no se distinguen en absoluto de los escritos. Ello ha provocado una derogación tácita por *lex posterior* de los arts. 382 a 384 de la LEC, dado que estos artículos disponían la libre valoración de la prueba de estos documentos, que es incompatible con la regulación actual de los arts. 318, 319 y 326 del mismo cuerpo legal [249].

Sin embargo, existe una polémica sobre si un documento privado suscrito con la firma electrónica avanzada reconocida, es decir, con la firma que supuestamente posee más garantías técnicas, tiene valor de prueba tasada en el proceso, o puede tenerlo. La problemática también existe en otros países, pero en España concretamente ha ayudado a crearla el desacertado redactado del art. 3.8 de la Ley 59/2003 de firma electrónica, porque dispone dicho artículo que si el documento está suscrito con firma electrónica avanzada reconocida, «se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida». La pregunta es si el legislador, con esta frase, ha dispuesto una norma de prueba legal en estos casos.

---

[248] Traté ya esta polémica, resumiendo las opiniones doctrinales al efecto, en J. NIEVA FENOLL, «La prueba en documento multimedia», en *Jurisdicción y proceso,* Barcelona, 2009, pp. 305 y ss.

[249] Del mismo modo han obrado otras legislaciones, como la alemana: ***§ 416a Beweiskraft des Ausdrucks eines öffentlichen elektronischen Dokuments.*** *Der mit einem Beglaubigungsvermerk versehene Ausdruck eines öffentlichen elektronischen Dokuments gemäß § 371a Abs. 2, den eine öffentliche Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder eine mit öffentlichem Glauben versehene Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form erstellt hat, sowie der Ausdruck eines gerichtlichen elektronischen Dokuments, der einen Vermerk des zuständigen Gerichts gemäß § 298 Abs. 2 enthält, stehen einer öffentlichen Urkunde in beglaubigter Abschrift gleich.*

La respuesta, pese a las dudas que ha generado este extremo [250], es claramente negativa, simplemente porque ni la firma electrónica más perfecta, en el estado actual de la técnica, puede garantizar que el que la utilizó fuera realmente su titular, que es, en última instancia, el encargado de su custodia. Simplificando mucho, la firma electrónica es una clave con la que suscribimos documentos, como por ejemplo cuando ordenamos una transferencia a un banco a través de internet. Pues bien, si le dejamos esa clave a otra persona o simplemente esa clave nos es robada, el documento no habrá sido suscrito por el titular de la firma y, por tanto, hay que darle la oportunidad a ese titular de que pruebe que no fue él quien utilizó la firma.

Como ya dijera acertadamente SERRA DOMÍNGUEZ [251], no existen las presunciones sin posibilidad de contradicción. Y por ello, al usuario de la firma electrónica no le podrían ser vedadas las pruebas necesarias para acreditar el uso ilegítimo de la firma a cargo de un tercero, demostrando, por ejemplo, que es perfectamente imposible que estuviera en el lugar desde donde se realizó la conexión con la que se suscribió el contrato a través de la firma electrónica. Esa prueba es muy compleja, pero no es imposible. Y, por supuesto, la certificación de la entidad que proveyó la firma acreditando que dicha firma es auténtica, no demuestra nada a estos efectos, porque no estamos discutiendo si la firma electrónica era de su titular, ya que por supuesto que lo es, sino si fue su titular quien la utilizó, cosa que la entidad certificadora no tiene posibilidad alguna de acreditar.

Desde luego, ante un documento suscrito con firma electrónica avanzada reconocida, las posibilidades de contradicción son pequeñas porque ínfimas son también las posibilidades de acreditar su uso ilegítimo. Y por ello el juez, valorando libremente la prueba, normalmente reconocerá la autenticidad del documento. Pero si se le presentan evidencias en sentido contrario no podrá negarse a aceptarlas, diga lo que diga el art. 3.8 de la Ley 59/2003.

Si algún día las actuales firmas electrónicas son sustituidas por métodos biométricos de reconocimiento de la identidad, que ya existen en el mercado, es posible que entonces sí que fuera posible crear esa norma de prueba legal, porque las huellas biométricas no son transferibles y, por tanto, fuera de lo estricta y salvajemente delictivo [252], su uso ilegítimo es imposible. Y pese a la opinión contraria al valor legal de los documentos públicos que antes he expresado, en este caso concreto me muestro totalmente a favor de la creación de una norma de prueba legal en esos casos en que la identificación del autor del documento sea indiscutible, simplemente porque la ciencia habrá logrado conferir lo que jamás logramos por otros medios con anterioridad: el 100 por 100 de certeza. En esas condiciones sí que es procedente establecer una norma de prueba legal.

---

[250] D. CRUZ RIVERO, *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Madrid-Barcelona, 2006, p. 301. *Vid.* también J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «Reflexiones en torno al documento electrónico y la firma electrónica», *Diario La Ley,* núm. 6.986, 10-7-2008.

[251] M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1963, pp. 68-69.

[252] Dado que el uso ilegítimo de las firmas biométricas debe entrañar, normalmente, ese salvajismo extremo, como es lógico.

Pero hasta ese momento, la valoración de los documentos privados firmados electrónicamente debe ser libre [253], porque esa certeza sin duda de ninguna clase, lo cierto es que a día de hoy no existe.

b) *Valoración de los documentos multimedia sin firma electrónica*

Los documentos multimedia tienen más posibilidades de ser modificados sin dejar rastro que los documentos tradicionales. Cuando antes se imitaba una firma, poniendo el documento en manos de un perito calígrafo podía llegar a determinarse que, efectivamente, la firma había sido copiada. Si se alteraba el contenido de un documento podían analizarse las diferentes tintas empleadas, o que el texto no seguía los mismos renglones, o bien incluso que existían raspaduras en el texto, algunas verdaderamente artesanales, que hoy prácticamente han desaparecido con la existencia de las impresoras.

Sin embargo, ello no tiene que llevar a concluir que debe desconfiarse irracionalmente de los documentos multimedia. Lo indico porque es lo que sucede normalmente. Existe, como tantas otras veces, el prejuicio de la infinita modificabilidad del documento multimedia, lo que hace que cuando se aporta al proceso sea ya un documento bajo sospecha. Y, como casi siempre, dicho prejuicio es completamente irracional.

No es completamente cierto que los documentos multimedia puedan modificarse sin dejar rastro. De hecho, modificarlos sin que nadie lo note no resulta nada fácil, y hasta hay programas que impiden la modificación, aunque es cierto que sus seguridades pueden ser burladas, pero no fácilmente. Suponiendo que se trate de uno de esos documentos modificables, siempre que se cambia algo en el documento se modifica también la fecha del mismo. Y si la modificación se hace en el ordenador del propio falsificador, es posible que el archivo del documento acabe llevando su nombre, y no el del autor originario. Esos son pequeños detalles que pueden pasar desapercibidos a un falsificador no avezado, que son mayoría en la población a poco que se piense.

Pero es cierto que lo anterior puede ser evitado con facilidad. Sin embargo, hay otros datos que son muy difícilmente manipulables. El archivo del documento tiene siempre una cantidad de bytes muy precisa, que se modifica siempre que el documento cambia, y que es muy difícil conservar hasta el último byte. Y por otra parte, el escrito que contenga el archivo siempre tiene una cantidad de palabras y de caracteres, con y sin espacios. Por ejemplo, en el momento en que escribo estas líneas, el documento de este libro tiene 312 páginas, 135.596 palabras, 685.087 caracteres sin espacios, 819.156 caracteres con espacios, 1.653 párrafos y 10.674 líneas. Por otra parte, el archivo del documento tiene un tamaño de 1,77 MB (1.856.512 bytes), y un tamaño en disco de 1,78 MB (1.867.776 bytes), constando preliminarmente, en el listado de documentos un tamaño de 1.813 bytes.

---

[253] Trato con más profundidad y más detalles toda esta problemática del documento multimedia en J. Nieva Fenoll, «Práctica y valoración de la prueba documental multimedia», *Actualidad Civil,* octubre 2009, núm. 17, pp. 2026 y ss.

Toda esa información es accesible con gran facilidad, pero es casi imposible conservarla exactamente si realizo cualquier modificación, por pequeña que sea, a este documento. Pues bien, si ha habido algún cambio en el documento aportado al proceso, el juez puede consultar sin ninguna dificultad y con gran rapidez todos estos datos técnicos, y además siempre es mucho más seguro asegurar la fidedignidad de las copias de ese modo que, por ejemplo, realizando un cotejo visual que, no es que no llegue nunca a ese detalle, sino que jamás se lleva a cabo en realidad.

Siendo ello así, creo que el tópico debería desaparecer, o al menos cambiar en sentido contrario al vigente actualmente. Teniendo en cuenta todos esos datos, y que los mismos son comprobables sin necesidad de llamar a ningún perito, creo que es evidente que un documento multimedia que haga referencia en su contenido a todos esos datos, es muchísimo más difícil de alterar que cualquier documento escrito tradicional. Claro está, el documento debería hacer referencia a esos datos para asegurar la fidedignidad que, de lo contrario, es evidente que puede ser puesta en entredicho.

Los cambios tecnológicos, por tanto, en este caso al menos no han producido mayor inseguridad, como siempre se teme, sino una superior seguridad siempre que se tomen las garantías acabadas de citar. Si así fue, la valoración de la autenticidad del documento será muy sencilla, porque no podrá ser discutida sino con una dificultad tan enorme, que no parece razonable que ningún litigante la vaya a oponer, salvo casos excepcionales.

C) La interpretación del sentido de los textos escritos

Al margen de todo lo anterior y no dudando de la autenticidad del documento, lo verdaderamente relevante a los efectos de la valoración es la interpretación del contenido de dicho documento, es decir, del sentido de las palabras que utilizaron los autores del mismo. Normalmente esta cuestión no da demasiados problemas, simplemente porque las partes reconocen los documentos como auténticos al no impugnarlos expresamente [254].

Sin embargo, en otros supuestos la cuestión sí que puede ser mucho más polémica. Suelen ser problemáticas las interpretaciones de los términos de algunos contratos que tienen cláusulas poco claras, o bien las disposiciones de última voluntad, como los testamentos hológrafos. Tampoco están exentas de dudas las declaraciones de voluntad que las personas realizan en cartas, correos electrónicos, mensajes de texto, etc., y que son relevantes para el proceso, aunque sólo sea, por ejemplo, para valorar si su contenido era injurioso o amenazante.

Pero llega el momento del juicio y, como siempre, se le dice al juez que valore según las reglas de la sana crítica, lo que es tanto como no decirle nada.

---

[254] Art. 326 de la LEC.

a) *La importancia de la semiótica textual*

Remitiendo al juez, como siempre, al complejo «máximas de la experiencia», se prescinde completamente de toda la ciencia de la argumentación [255], pero sobre todo de la semiótica textual [256]. De esa forma, se actúa de modo muy similar a como se suelen escuchar las declaraciones de partes y testigos: razonando según juicios intuitivos, que pueden ser, como siempre, de lo más sesgado.

No puedo entrar en este momento en una descripción completa de los contenidos de la semiótica que, por otra parte, sería innecesaria para un trabajo de las características del presente. Sin embargo, sí que querría llamar la atención sobre la importancia de este estudio para un jurista, dado que en la mayoría de las ocasiones que un texto se presenta en juicio como problemático, lo que se intenta es desentrañar su significado. A tal fin, la semiótica da una serie de claves muy importantes, que paso a describir seguidamente de manera muy superficial, pero espero que explicativa.

En primer lugar, se estudia la coherencia del texto tanto desde un nivel global de todo el escrito en su conjunto, como de coherencia de las propias frases del escrito [257], y se explicita que dicha coherencia no depende únicamente del texto, sino también de la interpretación que haga el lector a la luz de la información previa que posea, no ya sobre el texto, sino de su propia cultura o ideología [258]. Por supuesto, también se analiza la coherencia interna del texto en función de las equivalencias semánticas que contenga, aunque esta parte del estudio es muchísimo más compleja y discutible [259]. Ni que decir tiene que todo ello es muy relevante para la valoración de la prueba, puesto que permite sentar las bases de la interpretación de aquello que ha quedado dicho.

Importantísima en esta ciencia es el estudio de la contextualización del escrito [260]. Todo texto se inscribe en un ambiente, en un espacio y en un tiempo sin el que no puede ser entendido correctamente. Los textos muchas veces tienen referencias de su contexto, describiendo las circunstancias antes referidas, aunque no siempre, lo que obliga a intentar buscar ese contexto. También en este sentido es relevante el estudio del sujeto autor del texto [261], sobre todo para distinguir si habla de vivencias autobiográficas, o simplemente describe lo que observa como tercero imparcial.

---

[255] *Vid.* por todos, Ch. Plantin, *La argumentación* (trad. Tusón Valls), Barcelona, 2008. V. Lo Cascio, *Gramática de la argumentación* (trad. Casacuberta), Madrid, 1998. F. H. Van Eemeren, R. Grootendorst y F. Snoeck Henkemans, *Argumentación: análisis, evaluación, presentación,* Buenos Aires, 2006.

[256] Entre otros, Cassany, *op. cit.,* J. Lozano, C. Peña-Marín y G. Abril, *Análisis del discurso*, Madrid, 2007.

[257] Lozano, Peña-Marín y Abril, *Análisis del discurso*, cit., p. 24.

[258] *Ibid.,* p. 27.

[259] *Ibid.,* pp. 30 y ss.

[260] *Ibid.,* p. 43.

[261] *Ibid.,* p. 89.

Por otra parte, también estudia la semiótica la llamada «modalidad», que sirve para describir el estado o actitud del sujeto al redactar el texto, en el sentido de si expresaba orden, creencia, esperanza, duda, expectación, intención, etc. [262], o bien el texto era simplemente asertivo y, por tanto, no contenía modalidad alguna [263]. Todo ello sirve para averiguar el carácter comunicativo, persuasivo o manipulativo del escrito [264]. Este estudio es especialmente complejo, y es probablemente uno de los centrales en la semiótica. Pero es obvio que para la valoración de la prueba esta parte también es esencial, puesto que conocer las intenciones de los autores del texto es lo que nos permite saber si un escrito era amenazante, por ejemplo, o pretendía provocar un engaño suficiente a los efectos del delito de estafa, o bien incluso para interpretar la potencialidad del escrito para provocar vicios del consentimiento, dependiendo de su mayor o menor contenido manipulativo. No obstante, la mayoría de lo citado escapa claramente del estudio del jurista, que no posee el acervo de conocimientos de un experto en semiótica para realizar estas valoraciones, por lo que se suele conformar con las ideas generales sobre las intencionalidades de los escritos, poniéndose en el lugar del autor y del destinatario.

También es importante el estudio gramatical del texto, en el sentido de si el sujeto que lo escribió poseía esa competencia para redactarlo correctamente [265], así como si el texto tiene comunicatividad, lo que implica el análisis de si su autor utilizó las variables psicológicas, culturales o sociales que permitan esa comunicatividad [266]. Y por último, debe estudiarse no solamente lo que un texto dice, sino también aquello que calla o que deja implícito [267], pues en el sentido de esos silencios u omisiones está la clave de interpretación de muchos textos, también y especialmente de los que son presentados como prueba documental en un proceso.

Como decía, buena parte de lo anterior escapa del análisis que puede realizar cualquier jurista y, por tanto, cualquier juez. Asúmase que el jurista no posee la preparación de interpretar textos, más allá de su sentido gramatical y, como mucho, histórico. En el resto de puntos que toca la semiótica, el juzgador suele obrar por pura intuición. El juez califica un texto como amenazante si a él mismo le amedrentaría, o cree que podría amedrentar al destinatario. E interpreta la existencia de errores o vicios del consentimiento a la luz de la lectura del texto, si el clausulado del contrato le parece ambiguo, confuso, o que incluso conduce claramente a determinar un error en el lector, convirtiéndose en engañoso.

En consecuencia, lo único que hace el juez es ponerse en el lugar del lector, valorando lo que él mismo hubiera valorado como ciudadano, o dis-

---

[262] Según la enumeración de LOZANO, PEÑA-MARÍN y ABRIL, *Análisis del discurso*, cit., p. 59, siguiendo a HINTIKKA.

[263] LOZANO, PEÑA-MARÍN y ABRIL, *Análisis del discurso*, cit., p. 60.

[264] *Ibid.*, p. 62.

[265] *Ibid.*, p. 71.

[266] *Ibid.*, p. 73.

[267] *Ibid.*, pp. 207 y ss.

poniendo según crea que ha podido valorar el texto una persona de la cultura del autor del mismo, o de su destinatario. Pero no lo hace desde un punto de vista técnico sino, igual que sucedía con las pruebas de declaraciones de personas, como lo haría cualquier otro ciudadano, eso sí, añadiendo los conocimientos jurídicos que posee el juez, que tampoco es que aporten mucho en este sentido.

Quizás puede opinarse que es excesivo que un juez deba tener formación en semiótica, aunque considerando que lo que más hace un jurista en su día a día es interpretar textos, legales o no, así como redactarlos, no estaría de más que en un futuro el estudio jurídico incluyera también esta asignatura, aunque es ciertamente complicado en el desastroso panorama sociológico de la universidad actual, en el cual es muy difícil que se pueda introducir nada completamente nuevo en los planes de estudio por razones, como digo, puramente sociológicas e incluso de plantilla, tanto para mantener la que ya existe como para discutir sobre su ampliación.

Teniendo en cuenta que ésa es la desgraciada realidad actual, que no tiene visos de cambio, vamos a describir la única tarea que el juez está mínimamente preparado para realizar sin ningún estudio complementario, que es la contextualización del escrito, y la que debe realizar inevitablemente aunque no esté preparado, que es el estudio de su modalidad. En cuanto al resto de cuestiones —fundamentalmente la coherencia y la comunicatividad—, el examen del juez es todavía más limitado, puesto que le falta formación para valorar realmente esos dos extremos, más allá de que el escrito no sea contradictorio internamente. Realmente, en más de una ocasión haría falta la presencia de un perito en semiótica en el proceso. Pero su intervención, por cierto, es absolutamente excepcional ante los tribunales, pese a que quizás podría ayudar en más de una ocasión en que los textos resultan especialmente oscuros.

b) *La contextualización del escrito y su modalidad*

De lo que se trata es de averiguar tanto lo que un documento dice, como lo que no ha dicho pero se infiere del mismo, a fin de descubrir el ánimo de su autor al redactar sus palabras.

Pues bien, tanto para descubrir la intención de su autor, como para interpretar el contenido del texto desde cualquier punto de vista, incluido el ideológico, coinciden los autores en que es imprescindible contextualizar el escrito[268]. Es decir, hay que averiguar en qué circunstancias fue realizado, en qué momento de la vida del autor, en qué lugar y tiempo, etc., porque evidentemente cambia completamente el sentido de lo que se dice en un contexto o en otro. Puede parecer obvio lo que digo, dado que esta contextualización se aprecia con frecuencia tanto en las sentencias como sobre todo en los alegatos de las partes.

---

[268] LOZANO, PEÑA-MARÍN y ABRIL, *Análisis del discurso*, cit., pp. 207 y ss. V. LO CASCIO, *Gramática de la argumentación*, cit., pp. 291 y ss.

Sin embargo, lo que intento expresar es que esa contextualización debe realizarse con detenimiento, no dando por supuesto nada de lo que se dice, sino expresando en la motivación de la sentencia las razones de considerar ese contexto como válido. En todo caso, descubrir el sentido de un texto depende evidentemente de la fijación de ese contexto. En este sentido puede ser de gran ayuda, no ya la valoración conjunta de los documentos junto con otros medios de prueba, sino que avanzándose al posible contexto en que fue redactado el documento, hay que preguntar a partes y testigos sobre las circunstancias en las que los documentos se confeccionaron. Sólo ello llevará a una debida definición del marco en que el documento fue realizado.

Para ello, no es imprescindible que el juez posea amplios conocimientos de semiótica. A través de la contextualización, el juez podrá aprovechar para intentar valorar el otro aspecto relevante de los textos para cuyo examen no posee formación: la modalidad, aunque ese análisis siempre será necesariamente incompleto, por esa falta de formación a la que me refiero.

Con la contextualización se describen mejor las intenciones de los autores, los pensamientos de cada contratante, y además se consigue que las interpretaciones judiciales no se ajusten a la estricta literalidad de un texto —que es lo que suele ocurrir en el ámbito contractual—, sino, como ya dije, que se abunde debidamente en los vicios del consentimiento, especialmente en el error. En definitiva, valorar debidamente el documento no supone simplemente leerlo, sino también describir su contexto, porque sólo de esa forma es posible leer entre líneas, descubriendo el trasfondo del escrito. Únicamente de ese modo se consigue averiguar que una publicidad es engañosa, o que una cláusula es abusiva, o bien que un escrito es insultante aunque no se utilicen palabras gruesas, o bien que tras una serie de manifestaciones aparentemente objetivas, se esconden unas flagrantes amenazas, entre otros muchos ejemplos que podrían citarse y que descubren, efectivamente, la evidente importancia de esa contextualización, que no debiera dejarse de lado por más tiempo.

Para facilitar la comprensión de cuanto digo, dividiré la exposición en los tipos de documento más frecuentes con los que se encuentra la práctica judicial. Advierto ya de entrada que las que voy a exponer no son categorías cerradas, ni mucho menos, sino simples generalizaciones dentro de las cuales cabe encontrar argumentos para interpretar textos de las diferentes categorías. Por ello, dichas categorías no deben ser tomadas en sentido estricto.

1) *Documentos del ámbito negocial*

En el contexto contractual, los documentos acostumbran a ser bastante asertivos, en el sentido de que no buscan convencer a nadie, sino expresar simplemente lo que las partes han pactado. Suelen contener solamente declaraciones de voluntad, incluso cuando el documento es simplemente un recibo de pago, que evidencia que el acreedor desea cobrar, ofreciéndole esa constancia documental al deudor. Pero los documentos que son verdaderos

contratos contienen muchas veces explicaciones sobreabundantes que tienden a eliminar ambigüedades que favorecerían diferentes interpretaciones, lo que muchas veces hace que su lectura sea compleja.

La mayoría se entienden únicamente a la luz del ordenamiento jurídico. Algunas de sus cláusulas son simples copias de las leyes, y otras sencillamente previenen que se les aplique la ley en un sentido contrario a lo que desearon las partes, y por ello intentan que el redactado no favorezca esa interpretación. En este sentido, estos textos descubren las intenciones de los autores en el sentido de que ninguno de los dos desea ser engañado.

Sin embargo, en ocasiones, los textos de carácter negocial esconden intenciones auténticamente íntimas. Un testamento sería el mejor ejemplo. A veces los testadores realizan disposiciones patrimoniales espectaculares a favor de un determinado heredero con el claro afán de favorecerle, lo que sirve para interpretar que la relación del finado con el heredero debía ser de gran afecto, dato que puede ser relevante a la hora de interpretar la voluntad del *de cuius* a los efectos de declarar la nulidad de dicho testamento. Otras veces se encuentran contratos que no son sino expresión de una donación encubierta a través de un recuento de obligaciones supuestamente recíprocas. En esos casos nos encontramos con una simulación contractual, que puede desprenderse del texto del documento, evidentemente, pero que es necesario contextualizar en las circunstancias de los contratantes para averiguar el posible móvil de la simulación.

Por último, la contextualización nos obliga a tratar de averiguar los conocimientos jurídicos de quien firmó el documento, determinando si era realmente capaz de entender todo cuanto firmó. Si no fue así, es posible que incluso se haya podido llegar a cometer un delito de estafa, aunque lo más posible en esos casos es intentar una anulación del contrato por vicio del consentimiento. Pero desde luego, este vicio se considerará de forma muy distinta si el contrato tenía un redactado muy complejo y el firmante, realmente, no podía entenderlo, o bien si el redactado era realmente sencillo y cualquier persona que supiera leer podía hacerse cargo de lo que estaba contratando. No es preciso en muchas ocasiones que el contrato sea muy detallado, porque se da por supuesto que la prestación debe ser la que se considere satisfactoria en el tráfico jurídico. De esa manera, por ejemplo, se podría simplificar muchísimo el redactado de las condiciones generales de la contratación, en el sentido de que si un contratante se obliga a la prestación de un servicio de telefonía móvil, lo lógico es que el teléfono funcione correctamente y se le facture al cliente lo estipulado por las cuotas establecidas en el contrato. De hecho, no hay que explicar nada más, porque todo lo que supere esos términos del contrato no son más que subterfugios de la empresa de que se trate para no prestar un debido servicio. Pero ésa ya es otra cuestión que, no obstante, han tenido en cuenta algunos países limitando al máximo el redactado de dichas condiciones generales [269].

[269] *Vid.* ***§ 305c BGB Überraschende und mehrdeutige Klauseln.*** *(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erschei-*

En todo caso, lo importante en estos documentos es el descubrimiento de posibles vicios de la voluntad, así como de las motivaciones de los autores. Para ello pueden ayudar los términos en que esté redactado el documento, pero salvo que esos términos sean muy patentes, parece procedente exigir corroboraciones de la interpretación a través de otros medios de prueba que den noticia del citado contexto.

2) *Documentos destinados a la vida íntima*

Se trata, con diferencia, de los documentos con interpretación más comprometida. En ellos el autor suele hablar en clave interna, es decir, dando por supuesto que el destinatario conoce sus costumbres y va a entender lo que dice sin malinterpretarlo. No obstante, ello no obsta para que el remitente sobrepase los límites de lo razonable, sobre todo si el destinatario y el remitente no se conocen demasiado, o bien la comunicación sube de tono por situarse en el marco de un conflicto. Es el momento en que es más fácil que se produzcan insultos y amenazas.

Y es que ésa es nuevamente la mayor dificultad con estos documentos: la interpretación de la voluntad de su autor. Para estos documentos sí que es fundamental la averiguación de la modalidad, como antes decía, aunque el estudio de la contextualización, que desde luego no es incompatible con la primera, será de gran utilidad.

Es decir, resulta imprescindible que el juez se ponga en situación, sobre todo, del tipo de documento y clase de comunicación que se esté realizando. Pongamos por caso los medios más habituales en la actualidad: los correos electrónicos, los mensajes de texto y el chat.

En los mails se suele redactar una carta apresuradamente, por lo que se pueden llegar a expresar palabras ofensivas sin haber parado mientes su autor en ello. Y tal extremo se puede comprobar fácilmente a través de la hora de recepción de un mail y envío del siguiente, si ambos interlocutores estaban conectados en aquel momento. Y también se puede valorar el hecho de que el mail fuera enviado al destinatario, o asimismo a una pluralidad de interlocutores a quien el autor del primer mail no se lo mandó, buscando con ello poner en evidencia a su interlocutor con la exposición pública de una discusión que, probablemente, no hubiera debido trascender el ámbito de lo privado. La valoración de lo peyorativo en cada caso será diferente, puesto que el elemento de la publicidad, como es sabido, es penalmente relevante.

Con respecto a los mensajes de texto de teléfono móvil [270], hay que decir que a día de hoy tienen un espacio limitado, por lo que no es posible matizar

nungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

[270] De uso bastante frecuente en la jurisprudencia. *Vid.* a tal efecto las SSTS 13-3-2009 (núm. rec. 10624/2008), FD 1, y 8-6-2009 (núm. rec. 10485/2008), FD 2.III.

excesivamente lo que se dice. Y ello también debe ser tenido en cuenta en relación a su interpretación, teniendo presente que suele no haber comas, se juntan palabras, se utilizan abreviaturas y emoticonos, y a veces ni su propio autor es capaz de entender los mensajes una vez han sido enviados. Es por ello por lo que tampoco se pueden sacar de contexto dichos mensajes, o aislar unos de otros, porque normalmente forman parte de una cadena de comunicación que ha incluido más mensajes que explican que, finalmente, se llegara a aquel «sms» que, sacado de contexto, parece incomprensible.

Y en relación con los chats, hay que distinguir si las expresiones se profirieron en público, o bien en un chat con sólo dos interlocutores. En un chat público todo el mundo opina y es posible que una persona no se esté refiriendo a nadie en concreto, sino que sólo esté realizando una reflexión en voz alta. Sin embargo, cuando el chat es privado, todo lo que se dice está dirigido al interlocutor, aunque hay que tener en cuenta que en numerosísimas ocasiones los interlocutores no se conocen, ni saben si han dicho la verdad sobre sus identidades. Con frecuencia es posible observar toda clase de improperios, lenguaje malsonante o simplemente expresiones de mal gusto, que sin embargo resultan inocuos en el contexto teniendo en cuenta que los interlocutores, insisto, no se conocen de nada. Sin embargo, es posible que sí se conozcan o que hayan sido puestos sobre aviso de datos relevantes, como su edad, ideología política o religiosa o condición social, cuando no de datos privados todavía más comprometedores. En esos casos, el interlocutor sabe perfectamente a quien se está dirigiendo y, por tanto, sus conductas pueden ser relevantes penalmente, no sólo como constitutivas del delito de injurias, sino también como posibles tentativas, por ejemplo, de un delito de agresión sexual.

Poner en contexto los hechos, por tanto, es esencial en estos casos. Resulta muy ilustrativa a estos efectos la lectura de una reciente sentencia del orden social [271] que, aunque no interpretaba una prueba documental, puede servir muy bien de ejemplo para lo que estoy diciendo. En esa resolución, en síntesis, se enjuiciaba si el hecho de que un empleado hubiera insultado gravemente a uno de los directivos de la empresa en el marco de una discusión, constituía motivo de despido. Las expresiones fueron «este hombre está loco», y la segunda es un insulto malsonante, bastante frecuente eso sí, que no merece la pena reproducir por escrito, pero cuyo contenido es especialmente peyorativo. Pues bien en la sentencia se lee el siguiente párrafo:

> *La degradación social del lenguaje ha provocado que las expresiones utilizadas por el ahora recurrente sean de uso corriente en determinados ambientes, especialmente en el marco de discusiones, como era el caso, dado que el trabajador reclamaba el abono habitual de la cantidad correspondiente a comisiones, que se efectuaba en la primera quincena del mes, negándose a ello el Gerente.*

Como se ve, la sentencia intenta contextualizar el marco en el que se habría proferido el insulto. Y dentro de ese contexto llega a la conclusión de que la expresión no merecía un reproche tan grave. Pero fijémonos que se

[271] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, 10-2-2009.

habla sencillamente de la «degradación social del lenguaje», sin justificarse en qué consista esta degradación, que el tribunal probablemente consideraba notoria. Y a partir de ahí se encadenan una serie de manifestaciones que de manera inmotivada llevan a la conclusión final.

El párrafo transcrito deja traslucir incluso una cierta conmiseración del tribunal con el empleado a quien su jefe no le había pagado, aunque ello no tenga ya absolutamente nada que ver con la supuesta «degradación social del lenguaje», sino que más bien justifique el uso del insulto en sus propios términos como consecuencia del acaloramiento de la discusión. Pero si ello fue así, entiendo que hubiera sido muy acertado, antes de dar por obvia la inferencia, demostrar con hechos esa supuesta degradación, describiendo a su vez la estructura de dicha inferencia [272]. Y lo indico de ese modo porque al día siguiente en que la sentencia trascendió a los medios de comunicación, muchísimas personas de toda condición manifestaron en dichos medios su perplejidad por el fallo, lo que viene a demostrar, en definitiva, que la «degradación» no era tan sumamente evidente.

En mi opinión, la sentencia tendría que haber recurrido a la recreación del insulto en series de televisión o incluso en programas con intervención del público. Ello hubiera supuesto un esfuerzo suplementario, es cierto, pero quizás hubiera dado como resultado un fallo distinto. O no, dependiendo del material que se hubiera conseguido recopilar y sobre el que, desde luego, no voy a opinar [273]. O en todo caso tendría que haber subrayado mucho más expresamente que en el contexto en que se produjo el insulto, en el cual había una persona que hacía tiempo que no cobraba, esa persona tenía todo el derecho del mundo a explotar, siempre y cuando ésa hubiera sido la opinión de los juzgadores.

Es decir, se echa en falta, en parte al menos, una explicación del porqué de ese contexto descrito en la sentencia, que es lo auténticamente importante en estos casos en que se trasladan al proceso escenas de la vida íntima. Por consiguiente, en estos supuestos es preciso que el juez reproduzca en su motivación el contexto en el que cree que se produjo el documento. Y de ese modo, interpretar las voluntades de sus autores según lo que indique dicho contexto. La tarea no es sencilla, pero en las situaciones más cotidianas el juez puede realizar esa motivación, porque también es un ciudadano. Aunque cuando le es ajeno el ámbito social en que se produce el documento, quizás sería necesario el peritaje de un experto en semiótica que conozca los diferentes registros sociales, como ya indiqué líneas atrás. De lo contrario, corremos el riesgo de que se le dé una importancia extraordinaria a algo que en realidad no la tuvo, porque no se ha acertado en la contextualización del escrito. O bien que se pasen por alto elementos que, por ejemplo, podían amedrentar gravemente al destinatario, como sucedería con personas de un entorno social muy supersticioso a los que se les hagan advertencias que a

---

[272] *Vid.* Cassany, *Tras las líneas*, cit., p. 91.

[273] Sólo diré como curiosidad que ese mismo insulto, en muchas zonas de España, en otro contexto y dicho en parte de otro modo, tiene una connotación altamente positiva, lo que sorprende a la práctica totalidad de latinoamericanos, que no lo utilizan con esa acepción.

cualquiera de fuera de ese entorno nos harían reír, pero que en el mismo pueden resultar gravísimas [274].

3) *Documentos destinados a la vida pública*

Otros documentos que también provocan problemas interpretativos frecuentes son aquellos que están destinados a hacerse públicos. Me estoy refiriendo a frases publicitarias, a informaciones aparecidas en los medios de comunicación o incluso a manifestaciones públicas expresadas por escrito, como puede ser una pancarta. En todos estos documentos, una vez más, vuelve a ser fundamental la contextualización y la modalidad del texto, porque de ambas depende que lo escrito se interprete en un sentido o en otro.

En cuanto a los documentos que contienen publicidad, lo que resulta fundamental es evaluar si fue engañosa, de manera que provocara en el consumidor una disposición patrimonial que luego no se vio correspondida con el producto prometido [275], o bien que suponía un acto de competencia desleal, al intentar que el consumidor confundiera un producto con otro copiando en parte el eslogan de una marca rival. En este contexto es esencial averiguar la potencialidad manipulativa del mensaje, así como el público al que va dirigida la publicidad.

Con respecto a las informaciones aparecidas en medios de comunicación sobre hechos o personas, resulta fundamental valorar si vulneraron el derecho al honor o a la intimidad, y para ello es preciso realizar juicios de valor que solamente es posible formular si, nuevamente, se conoce el contexto de la publicación y la modalidad del escrito, es decir, la intencionalidad del autor [276]. En este caso es todavía más relevante que en el anterior, porque el espacio de lo íntimo y el hecho de sentirse ofendido es algo tan variable de persona a persona, que es incluso difícil encontrar un consenso social en torno a ambas nociones, que realmente no existe a día de hoy. Pero resulta fundamental determinar el nivel de tolerancia o aceptación de cada persona en concreto, así como el consenso social sobre lo que supone o no un desprecio, para decidir cada caso concreto. De ello resultan enormes discrepancias que

[274] Ese fue el caso de STS 25-11-2005 (núm. rec. 265/2005), FD 3: «Es claro que en esta situación hay que concluir con la existencia del delito de detención ilegal, en el primer año de manera absolutamente física, de encierro en los términos del art. 163 del Código Penal, posteriormente pudo existir un cierto relajo —podía coger el autobús, incluso se escapó— pero la vivencia de vivir sin libertad de movimientos persistió y prueba de ello es que volvió por miedo al "vudú" que le hicieron, situación equivalente a la detención a que también se refiere el artículo citado. Puede parecer una explicación exótica, pero no se puede dudar de la realidad de ese sentimiento que tuvo la víctima, severamente condicionada por elementos culturales de su país de origen, por unas costumbres que si bien ajenas y más primitivas en relación a nuestro entorno occidental, es precisamente, desde aquellas, desde las que debe ser analizada la privación de libertad que sufrió, máxime cuando, como en el presente caso, estas creencias son utilizadas abusivamente por los autores para procurarse la dominación sobre la víctima. Se trata de nuevas formas de dominación que la nueva realidad multicultural de España ofrece y a las que el sistema judicial debe atender y valorar».

[275] STS 25-4-2006 (núm. rec. 3082/1999), FFDD 2 y 3.

[276] Cabe encontrar múltiples ejemplos de esas contextualizaciones en la STS 15-10-2009 (núm. rec. 1786/2006).

confunden a los intérpretes, puesto que si bien la publicación de un relato de la vida privada de una persona no sería lesiva del derecho a la intimidad de quien en otras ocasiones anteriores e idénticas ha permitido el acceso a esos datos, tampoco es lícito pensar que por la tolerancia de esa persona en algunas ocasiones, deba considerarse que ha renunciado al ejercicio de su derecho a la intimidad. Por otra parte, si preguntamos a la sociedad sobre este caso concreto, escucharíamos multitud de opiniones de lo más dispar [277].

Pero esa multitud de opiniones es la que define en estos casos el contexto. Es decir, hay que averiguar cuál es la conciencia social en cada tiempo para decidir sobre estos casos. De la enorme dificultad en fijar ese contexto social deriva la gran dispersión de la jurisprudencia en este sentido, aunque quizás precisamente un análisis de semiótica de los escritos considerados podría esclarecer más de un supuesto que a día de hoy permanece en una total ambigüedad.

Todavía más polémicas son, cuando se producen, las manifestaciones públicas. Hemos visto en numerosas concentraciones públicas gravísimos insultos y caricaturas de líderes políticos que, al parecer, existe un consenso social acerca de que están amparadas por la libertad de expresión y que, por tanto, el político debe aguantarlas sin más. En todo ello también influye una gran preocupación de los políticos por su imagen pública de demócratas, lo que hace que prácticamente nunca insten la persecución de estos hechos, amparando una especie de derecho a la queja pública formulada en los términos que deseare el ciudadano, y que desde luego sobrepasan en muchos casos el límite de la sátira, aunque también esto último resulta polémico.

Fijémonos si no en los problemas interpretativos que dio una resolución bastante reciente en la que se trataba de enjuiciar los hechos sucedidos en el partido de fútbol disputado entre el Athletic Club de Bilbao y el Futbol Club Barcelona. En concreto, al final del encuentro, un grupo de espectadores desplegó una pancarta en la que se leía «*Goodbye Spain*», justo al lado del palco en el que se encontraban los Reyes de España y en el momento en que estos hacían entrega de la copa al vencedor. Ante estos hechos, se trataba de enjuiciar si ese texto había supuesto, bien un delito de injurias a la Corona, o bien de ultrajes a España, o bien un delito de apología del odio nacional. El auto [278] razonó en sentido negativo a la existencia de delito, en los siguientes términos:

---

[277] *Vid.* I. Valeije Álvarez, «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento», en E. A. Carbonell, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal,* Madrid, 2009, t. II, p. 1888: «Desde esta perspectiva, intimidad es ante todo defensa frente a la publicidad, capacidad de control de las informaciones que sobre uno mismo pueden tener las personas ajenas y por tanto limitación de los mecanismos de control social estatal. Por esta razón, en nuestra época resulta insuficiente concebir la protección de la intimidad como un derecho de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla al propio tiempo como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que afecta a cada persona, que incorpora una dimensión institucional, como garantía del pluralismo y de la democracia de la que se derivan para los poderes públicos importantes obligaciones positivas de tutela y promoción de este derecho fundamental».

[278] Auto núm. 327/09 de la Sala Penal, Sección cuarta, de la Audiencia Nacional, de 21-9-2009.

Responde más bien lo ocurrido a generar malestar a quien es símbolo de unidad de la nación (...). Tampoco el hecho de colocar una pancarta diciendo «adiós España» en el idioma inglés, probablemente en evitación de utilizar el español, a la par de que se exhibía una bandera catalana independentista, es una afrenta en términos delictuales, sino, nuevamente una forma de patentizar lo que se prefiere frente a aquello con lo que se convive pero no se acepta.

De nuevo se contextualiza lo ocurrido, y precisamente como consecuencia de ese contexto, se acaba llegando a la conclusión de que no existió delito. Lo interesante en este caso es que se trataba de una expresión que no contiene por sí misma ningún insulto, pero que sin embargo es considerada grave y hasta ofensiva en un contexto ideológico muy determinado, porque evidentemente la frase contiene también una clara ideología independentista formulada incluso de forma irónica. Sin embargo, el respeto por la expresión de esa ideología, teniendo en cuenta el contexto en el que fue expresada (un partido de fútbol), es considerado como relevante por el tribunal [279].

Pero en esta resolución faltaba, nuevamente, una mayor descripción de la contextualización, a través, por ejemplo, de la alusión a otros momentos similares vividos en otros estadios de fútbol, o acontecimientos deportivos varios, en que sucedieron hechos similares. Y también se echa de menos una mención a la exhibición de ideologías de todo tipo, de forma incluso salvaje, en los estadios de futbol, no solamente en España, sino también en el extranjero. Recopilar tales acontecimientos era sencillo. Bastaba simplemente con repasar imágenes del público al inicio de algunos partidos en los últimos años. Sobran ejemplos de exhibiciones del peor gusto imaginable, e incluso de aprovechamiento para realizar manifestaciones ideológicas. Entiendo que la exposición de esos hechos paralelos, así como la respuesta que a los mismos se dio en cada caso, hubiera servido para contextualizar mucho más eficazmente el texto en cuestión.

En todo el resto de casos considerados debe llevarse a cabo la misma labor de búsqueda de supuestos similares, porque para saber si algo es ofensivo o engañoso para un ciudadano, es imprescindible reproducir el contexto social en el que vive. Sólo de ese modo podrá el juez averiguar la intencionalidad del escrito y su trascendencia jurídica. Y dispone de elementos para hacerlo. La jurisprudencia, y actualmente internet, son un foro privilegiado para conocer al minuto la consideración social de determinados acontecimientos.

4) *Documentos del ámbito laboral o administrativo*

Este tipo de escritos suelen ser neutros, limitándose a ordenar algo o autorizar alguna actuación, sin más. Pero también es posible que sea preciso escudriñar en la voluntad de su autor.

Con respecto a los documentos del ámbito laboral, las intrucciones que reciba un trabajador, o los comunicados de la jefatura de la empresa respecto

---

279 Sobre ese análisis ideológico del texto, *vid.* CASSANY, *Tras las líneas*, cit., pp. 47 y ss.

a las solicitudes que realice, deben ser analizados en búsqueda, por ejemplo, de un caso de acoso laboral. Y lo mismo ocurre con los documentos administrativos. En algunos de ellos pueden existir arbitrariedades que provoquen una auténtica desviación de poder, lo que solamente es posible averiguarlo si se contextualiza el escrito.

Para ello es preciso practicar otras pruebas que desvelen esa contextualización. En el supuesto del acoso laboral habría que pedir a la empresa la documentación sobre su actuación en supuestos similares, o bien interrogar a otros trabajadores sobre el caso concreto. Y en el supuesto de Derecho administrativo, habría que practicar prueba para averiguar qué otros intereses puede tener la administración para no conceder una determinada licencia que corresponde en Derecho, o bien qué motivos han podido concurrir en un tribunal de oposiciones para que la discrecionalidad técnica de la administración pública haya degenerado en arbitrariedad.

Si el tribunal lee solamente los documentos administrativos, o laborales, es posible que no llegue a conclusión alguna al respecto. A veces los autores de los textos se traicionan, porque no es infrecuente encontrar alusiones personales en dichos escritos, o bien que desvelan la indignación de su autor, lo que puede servir también para intentar averiguar las causas de la indignación procediendo a la debida contextualización. Sin embargo, muchas veces eso no ocurre. En esos supuestos puede analizarse la motivación del acto, porque en múltiples ocasiones lo que existe es precisamente una ausencia de razones de la denegación, lo que dejará en bandeja una posible anulación. Pero otras veces lo que se encuentra es una motivación muy completa que, sin embargo, puede esconder esa arbitrariedad.

Para demostrarla sería muy útil el consabido examen pericial del experto en semiótica, porque hasta los redactores más perfeccionistas se traicionan en el lenguaje que emplean si tras sus palabras existe una carga emocional. Pero habida cuenta de la cantidad de actos administrativos que se impugnan cada día por haber incurrido en arbitrariedad, ello no sería viable. Por consiguiente, no queda otro remedio que traer el contexto del caso, a través de otras pruebas, al proceso, y que a partir de ahí el juez deduzca si en el escrito, a pesar de la completa motivación, existe en realidad arbitrariedad interpretando innecesariamente el ordenamiento jurídico de la manera más desfavorable al demandante.

En conclusión, —de este epígrafe y de los tres anteriores, y perdón por la reiteración— los documentos sólo se pueden entender en su contexto. Cuando a través de los mismos se denuncian posibles intencionalidades, es preciso averiguar en qué circunstancias fueron emitidos tales documentos, lo que es importante tanto en el caso de que se trate de un simple recibo de pago, como de una compleja motivación de un acto administrativo.

7. LA VALORACIÓN DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Ésta es, con diferencia, la prueba más difícil de valorar, hasta el punto que doctrinalmente se ha llegado a decir que se situaba al margen de los sistemas de valoración, como veremos seguidamente. Lo que sucede con el reconocimiento judicial, aparentemente, es que el juez no posee nada más que su propia percepción para basar su juicio. Teóricamente, insisto, no dispone de un elemento que le ofrece una información que debe interpretar, como en el resto de casos, sino que en estos supuestos la información viene del propio objeto observado. Como vamos a ver, el juez se puede hacer acompañar de testigos o peritos que le ayuden a interpretar lo que ve, y hasta de las propias partes. Pero la valoración de lo que vea, aunque puede verse influida por esos otros medios de prueba, realmente pertenecerá a su fuero interno. Hasta aquí lo que la Doctrina, en general, ha dicho de esta prueba.

Sin embargo, a mi juicio el reconocimiento judicial no es distinto al resto de pruebas, al menos en ese punto. En los otros medios de prueba, como vimos desde el principio en esta obra, el juez también utiliza su percepción, por lo que no coincido con la afirmación de que el reconocimiento es el único medio de prueba sin intermediación de elemento alguno [280], en el sentido de que es una prueba directa, remontándonos a la antigua concepción de CARNELUTTI [281], criticada por SERRA DOMÍNGUEZ [282]. Cuando el juez lee un documento también observa la realidad directamente, sin intermediación alguna [283]. Esa realidad es el documento y sus letras. Y el juez la lee sin ayuda de nadie. Además, es posible que el documento ni siquiera reproduzca la realidad, como ocurre con un acta judicial de una vista, sino que sea la realidad misma. Ello sucedería, por ejemplo, con el escrito anónimo amenazante que el imputado dejó en el buzón de la víctima. La realidad es la misma existencia de ese anónimo que el juez verá y leerá sin la ayuda de nadie. No hay, pues, en ese caso, intermediación entre la realidad (el documento) y el juez.

Pero la Doctrina ha percibido que el reconocimiento judicial tenía algo diferente al resto de pruebas, y en ello los autores son unánimes. Y mi opinión es que ciertamente es así, pero no se ha logrado determinar todavía ese elemento distintivo. Personalmente, estimo que la diferencia estriba en que en las otras pruebas el juez normalmente debe procesar informaciones expresadas a través del lenguaje que le ofrece el objeto (documento o dictamen) o sujeto (parte, testigo o perito) de la prueba. Sin embargo, en el reconocimiento judicial la información no suele surgir de ninguna fuente cifrada como es el lenguaje, sino que emerge directamente de la observación del objeto o sujeto, sin más. Y esa información no cifrada con un lenguaje es la que hay que interpretar.

---

[280] Cfr. V. LÓPEZ YAGÜES, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2005, p. 37.

[281] CARNELUTTI, *La prova*, cit., p. 69.

[282] M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Reconocimiento judicial», en *Estudios de Derecho probatorio,* Lima, 2009, p. 546.

[283] Cfr. J. SOLÉ RIERA, «La prueba de reconocimiento judicial», *Justicia,* 2001, p. 45.

Esta falta de intermediación del lenguaje entre el objeto de la prueba y el juez es la que creo que ha provocado la perplejidad de buena parte de la doctrina [284] en cuanto al cuestionamiento del elemento distintivo de este medio de prueba, lo que parece que ha condicionado bastante su estudio. Iniciemos la explicación de su valoración con la idea de esa diferencia recién descubierta.

A) ¿Escapa el reconocimiento judicial a los sistemas de valoración?

Como dije, sobre este medio de prueba se ha llegado a afirmar que se situaba al margen de los sistemas de valoración, al depender del propio testimonio judicial, que en esencia no podía ser valorado realmente por su propio autor, al no ser posible que nadie contradiga sus propias percepciones [285]. La apreciación es compartida por otros autores [286] y hasta por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, que siguiendo la tendencia histórica de leyes anteriores, no dispone sistema de valoración para esta prueba.

Hay que reconocer que la afirmación es sagaz y, en buena medida, difícil de controvertir. Es cierto que no es posible negar lo que uno ha visto, especialmente si esa observación se realiza de forma normalmente detenida y sin ser casual [287], es decir, a diferencia de lo que suele ocurrir con la percepción de un testigo. Sin embargo, creo que en ese juicio de valor doctrinal pesa en el fondo la cuestión a la que antes me referí acerca de que en el reconocimiento judicial no es necesario decodificar ningún lenguaje. En el resto de pruebas sí, porque el juez debe comprender lo que lee o lo que escucha y ve. Pero en esta prueba tendrá en cuenta lo que percibe con su visión u oído, también lo que siente con el tacto, huele, degusta si es el caso [288], pero, y esto es lo importante, sin tener que proceder normalmente [289] a ninguna comprensión suplementaria como la que comporta una decodificación lingüística.

Pues bien, esa actividad de decodificación ha podido conducir inadvertidamente a la doctrina a persistir en la indebida distinción entre la percepción y la valoración, o entre interpretación y valoración, que ya descarté al principio de esta obra.

Ya se explicó que cuando se percibe se valora al mismo tiempo, puesto que todo aquello que no se valora no se está percibiendo en realidad, porque no se puede saber lo que es aquello que no se valora. Cualquier persona que presencia un suceso, aunque se trate de un acontecimiento extraño y sea la primera vez que lo observa, será capaz de describirlo porque ha interpretado,

---

284 Que subraya el carácter singular de la prueba. *Vid.* V. López Yagües, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2005, p. 37.

285 *Vid.* Jiménez Conde, *La apreciación de la prueba legal*, cit., p. 348.

286 Serra Domínguez, «Reconocimiento judicial», cit., p. 559.

287 *Ibid.*, p. 558.

288 Podría serlo si tiene conocimientos en mineralogía, y decide comprobar si la sal que está observando en una mina es halita (NaCl) o silvina (KCl), por ejemplo.

289 Digo «normalmente», porque es posible que el objeto reconocido contenga también letras si observa, por ejemplo, el estado de conservación de un libro antiguo.

aunque sea en parte y de manera incompleta, lo que ha visto. Es lo que les ocurre incluso a las personas que, como producto de alucinaciones hipnogógicas o hipnopómpicas [290], o bien de enfermedades mentales, dicen haber visto, con absoluta convicción, lo que las pseudociencias y muchos charlatanes califican como «sucesos paranormales». Esos «testigos» no suelen saber lo que han visto, pero sí que pueden describirlo comparándolo con algo tangible. Y ello sin haber siquiera percepción a través de los sentidos, sino simplemente siendo producto de un funcionamiento indebido de la mente de esas personas. Es decir, son capaces de interpretar incluso aquello que imaginan.

Pues bien, lo que acabo de describir es lo que sucede con cualquier medio de prueba. El juez, como vimos, valora mientras observa hablar a una persona, o lee un documento o examina un dictamen pericial. Desde luego, lo que tiene que interpretar también es su propia percepción sobre esa declaración o ese documento, operación que hace de manera simultánea, aunque dé la sensación de que no es así porque parezca que el juez se reserva la valoración para el momento de la motivación. Al contrario, valora mientras observa, al mismo tiempo, y lo que hace después es seguir valorando con lo que recuerda de esa percepción.

Nada diferente sucede con el reconocimiento judicial. El juez no solamente «percibe», sino que percibe y valora al mismo tiempo, y realizará esa operación de valorar de idéntica forma a la descrita para el resto de pruebas, sin más. Va a utilizar las mismas herramientas que con cualquier otro medio de prueba de valoración libre, es decir, las máximas de experiencia, aunque luego veremos cómo se concretan dichas máximas en este caso, al igual que se ha expuesto con el resto de medios de prueba. Y aunque parezca que el juez no puede negar la realidad que ha visto, hay que decir que, bien al contrario, por supuesto que puede negar dicha realidad, si se tiene en cuenta el funcionamiento de los procesos de la memoria que vimos anteriormente. El juez, como cualquier otro ser humano, distorsionará sus recuerdos con el paso del tiempo. Y aunque tenga, no ya un acta del secretario judicial, sino una filmación de aquello que vio, es posible que en una ulterior reflexión distorsione su propio recuerdo. O vea en la filmación algo en lo que no reparó la primera vez. Por tanto, por descontado que someterá a crítica su primera valoración, y hasta es posible que la cambie y complete más de una vez hasta el momento de dictar sentencia.

Por tanto, el reconocimiento judicial es una prueba de libre valoración [291]. Y lo que sí sería cierto es afirmar que es imposible construir una norma de valoración legal con respecto a este medio de prueba. No se le puede decir al juez, ingenuamente, que crea solamente lo que ha visto, por ejemplo, dado que lo que ha presenciado, como acabamos de ver, puede distorsionarlo inconscientemente él mismo con el paso del tiempo. Tampoco sería posible decir que el juez no podrá separarse de lo que apreció el secretario judicial

---

[290] Son alucinaciones no patológicas que se producen, respectivamente, entre la vigilia y el sueño, y entre el sueño y la vigilia.

[291] Así lo reconoce López Yagües, *La prueba de reconocimiento judicial*, cit., p. 286.

en su acta, porque dicho secretario va a recoger lo que ambos concuerden haber visto, no teniendo el más mínimo sentido que existan discrepancias entre la apreciación del juez y la del secretario judicial, firmando ambos el acta en el mismo acto.

Diferente sería, por descontado, que el juez acabe prescindiendo del acta, o incluso de la filmación. Si ejecuta algo parecido sin motivarlo en absoluto, está yendo en contra de la lógica de las cosas y, por tanto, su juicio probatorio podrá ser revocado. Sólo podría llegar a separarse de dicho acta, o incluso de la filmación, alegando que el acta fue incompleta o que la filmación distorsionó lo realmente ocurrido, siendo recomendable que, en esos casos, se practique una prueba pericial sobre la filmación y su calidad técnica [292]. Y si el problema es con el acta, sería muy deseable que el secretario judicial hiciera la correspondiente rectificación, porque si no la hace es muy posible, prácticamente seguro, que el juicio probatorio del juez, por más correcto que sea, pueda ser revocado con gran facilidad.

Por consiguiente, el reconocimiento judicial es una prueba de libre valoración, porque no es apta para ser objeto de una norma de valoración legal. La libre valoración, como se ha visto a lo largo de toda esta obra, solamente implica que el juez utiliza su propio intelecto para interpretar los hechos de la realidad que se le presentan como prueba. Pues bien, cuando reconoce judicialmente un objeto, persona o lugar, simplemente hace exactamente lo mismo que cuando examina cualquier otro medio de prueba. Valorar, de acuerdo con lo que su mente le dicta, aquello que ve. De forma libre, por supuesto, dado que en este caso las cosas no pueden ser de otra forma.

B) Las «máximas de experiencia» en el reconocimiento judicial: el conocimiento técnico privado del juez

Siguiendo el esquema trazado para la descripción de todos los medios de prueba anteriores, correspondería describir ahora de qué ciencia beben las máximas de experiencia que utiliza el juez en los reconocimientos judiciales.

La respuesta podría ser sencilla. El juez habría de tomar en cuenta todas las máximas de experiencia vistas en los epígrafes anteriores, dado que todas ellas pueden ser útiles para valorar los objetos de un reconocimiento judicial. Pero sin embargo, esa respuesta sería inexacta, ya que la realidad es otra. Cuando se presenta un objeto, persona o lugar a un juez, lo que se intenta en realidad es impresionarle, recurriendo al bagaje de cultura general que pueda tener el juez sobre lo observado. Es decir, cuando se le presentan las lesiones de una persona lo que se intenta es que perciba el dolor que causan. Cuando se le lleva a un lugar lo que se pretende es que se ambiente en dicha ubicación, también como persona corriente, y vea que realmente hay

[292] *Vid.*, sobre esta cuestión, López Yagües, *La prueba de reconocimiento judicial*, cit., pp. 293 y ss.

una gotera que él no querría tener en su casa, o que palpe las humedades, o compruebe que un muro se ha destruido completamente provocando una serie de daños algo espectaculares. O bien se le enseña un arma de fuego o un objeto punzante, para que observe que, efectivamente, con ese arma se pudo matar a alguien.

Lo paradójico es la posición del juez en estos casos. El juez, en general y como persona corriente aunque experta en materia jurídica, no tiene competencia para valorar debidamente lo que ve, en el sentido de que no está adecuadamente instruido para ello. Por ello, en la enorme mayoría de los casos, y como sugieren a veces las leyes [293], lo más prudente es hacerse acompañar de un perito que le vaya explicando técnicamente lo que percibe, de manera que no adquiera indebidos prejuicios. Si no lo hace así, el juez no podrá más que utilizar su conocimiento privado, y en esos casos mi opinión es idéntica a la que expresé al describir la valoración de la prueba pericial. El juez puede valerse de esos conocimientos, pero sería muy conveniente que expresara su interpretación de los hechos antes de la fase de conclusiones, como colofón a la prueba de reconocimiento judicial, de manera que las partes puedan contestar debidamente dicha valoración, si así lo creyeren conveniente.

De lo contrario, si el reconocimiento judicial se practica sin la asistencia de un perito, y además el juez guarda el secreto de lo que piensa tras la observación, el resultado de la prueba puede llegar a ser frustrante, dado que es muy posible que el juez se equivoque de medio a medio, por no tener, habitualmente, la condición de auténtico experto en los ámbitos de conocimiento que habría de utilizar para valorar los hechos en cuestión. Quedará impresionado, del mismo modo que cualquiera de nosotros nos dejamos impresionar, por ejemplo, por una severa grieta en un edificio que, valorada por experto, puede ser una grieta de asentamiento que no tenga la más mínima importancia. Y que en cambio a ojos de un profano le parezca que se va a caer inmediatamente. La percepción de lo grave o de lo peligroso varía a ojos de un experto y de un lego. Nunca debería olvidarse este extremo al practicar una prueba de reconocimiento judicial [294].

Querría señalar, no obstante, que no deseo que mis palabras se tomen en un sentido de rechazo hacia esta prueba, todo lo contrario. Es muy útil que

---

[293] **Art. 356. Concurrencia del reconocimiento judicial y el pericial.** 1. Cuando el tribunal lo considere conveniente, podrá disponer, mediante providencia, que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona, siguiéndose el procedimiento establecido en esta Sección.

2. Las partes podrán solicitar también la práctica conjunta de ambos reconocimientos y el tribunal la ordenará si la estima procedente.

[294] Impresionar a los jueces es justamente lo que se buscaba cuando el 23 de septiembre de 2009, cinco magistrados de la Audiencia Nacional comparecieron en Barcelona para visitar las obras de construcción del túnel de alta velocidad que debe pasar muy cerca de la Sagrada Familia de Antoni Gaudí. Pues bien, me pregunto qué pudieron apreciar dichos jueces, puesto que no me consta que ninguno de ellos tenga conocimientos de ingeniería. Probablemente se marcharon de las obras con una sensación de riesgo superior a la que tenían antes de visitarlas, todo depende de qué peritos les acompañaran durante el reconocimiento. Pero hay que reconocer que la inspección ocular en este caso es posible que fuera innecesaria en realidad. La noticia de la visita se publicó en la mayoría de diarios de difusión nacional y local, y es fácilmente accesible.

el juez vea la realidad de las cosas y, con la misma, pueda valorar conjuntamente el resto de medios de prueba. A veces, de hecho, ante la dificultad de comprensión de los dictámenes periciales o incluso de las imágenes que se le aporten, la presencia del juez es lo único que puede llegar a convencerle de la realidad de los hechos [295]. He querido advertir solamente de los tremendos peligros de esta prueba, dado que siendo evitados de la forma señalada, ningún problema debe plantearse para su celebración.

C) La objetividad de la descripción judicial

Por consiguiente, la prueba de reconocimiento judicial es extraordinariamente peligrosa, porque por muy objetivo que sea el juez, si no viene asesorado debidamente por un perito se va a dejar impresionar. Es útil la práctica del reconocimiento, evidentemente, porque muchas veces unos fríos dictámenes periciales no son capaces de transmitirle al juez la realidad de lo que está sucediendo. Pero hay que tener siempre en cuenta que el peligro de la falta involuntaria de objetividad está más que presente, por las razones vistas en el epígrafe anterior.

La doctrina [296] ha advertido de la posibilidad de error en esta prueba, bien de modo subjetivo por no percibir debidamente la realidad en el sentido explicado en el anterior epígrafe, bien de modo objetivo, por haber padecido una falsificación de las partes que, buscando la repetida impresión del juez, exageren el estado de cosas para cuando el juez comparezca. Los citados son riesgos que, efectivamente, están ahí, y en lo único que podemos confiar para evitarlos es en el buen criterio del juez, pero también en las ventajas del principio de contradicción, que van a permitir a las partes denunciar los falseamientos.

Examinaremos seguidamente los errores más comunes en la práctica del reconocimiento judicial, porque solamente siendo consciente de esos posibles errores, podrá el juez valorar debidamente esta prueba haciendo la debida autocrítica de su criterio, que es esencial en este caso más que en ningún otro, ante la posible falta de contraste de las conclusiones del juez si no se hace acompañar de ningún perito.

a) *Errores de percepción común*

Podría pensarse que el juez va a percibir la realidad exactamente tal y como es, pero la verdad es que ello es entre difícil e imposible. Ni el mejor observador podría percibir sin ninguna clase de error cualquier cosa que presencie. El juez, en este sentido, como dije, sufre de exactamente los mismos errores que vimos líneas atrás con respecto a los testigos, puesto que cuando presencia el estado de cosas o de personas en el reconocimiento judicial, no

[295] SCHNEIDER, *Beweis*, cit., p. 198.
[296] SERRA DOMÍNGUEZ, «Reconocimiento judicial», cit., p. 560.

es más que un testigo, pero muy peculiar. Y de dicha peculiaridad pueden derivar sus errores.

El juzgador no es alguien que por casualidad esté en la escena de los hechos, sino que ha sido traído expresamente a la misma, y él ha decidido acudir. Sabe perfectamente lo que va a ver, porque de lo contrario hubiera rechazado la admisión del reconocimiento.

Quiere decirse con ello que presenciará lo que perciba con una lógica claramente inductiva. Está buscando específicamente algo. No se deja sorprender como un testigo. Va en búsqueda de aquello que le han dicho las partes que encontraría en aquel lugar, en aquella persona o en aquel objeto. Pero ello le puede conducir a pasar por alto todo el resto de la realidad que observe, y que también puede ser relevante.

Su actitud ante lo observado provoca que perciba mucho mejor que un testigo los hechos relacionados con el reconocimiento, porque presta toda su atención para ello y además toma notas o incluso hace que se filme la realidad que observa. Es decir, probablemente no sufrirá con tanta incidencia los errores de la memoria que vimos líneas más atrás.

Pero, en contrapartida, tendrá menos posibilidades de valorar aspectos diferentes a lo que fue a inspeccionar. Por supuesto, todo dependerá de lo observador que sea cada juez, y si es de aquellas personas que cuando entran en una estancia centran toda su atención en los detalles externos al objeto principal, y luego analizan dicho objeto. Dicho entorno también puede ser importante, y si no le presta la más mínima atención es posible que valore erróneamente el objeto de la prueba.

Si no se ha hecho acompañar por un perito, que probablemente sí le advertirá sobre ese entorno, serán las partes su única oportunidad para percibir datos de la realidad que no sea capaz de ver en un primer examen, dado que los litigantes, según su interés, lógicamente, le advertirán sobre esos datos que le pueden pasar inadvertidos. Por ejemplo, en una playa supuestamente contaminada por los vertidos de una determinada empresa, es posible que perciba por el olor y el color de la arena y de las aguas, los daños provocados. Pero es factible también que no se dé cuenta de la proximidad de viviendas en la zona, que pueden haber arrojado sus desechos y aguas fecales justamente allí, provocando dicha contaminación con carácter previo a la actividad de la empresa.

Lo mismo le puede suceder con una persona. Si observa, por ejemplo, la dificultad de movilidad de la pierna de un sujeto que ha sufrido un accidente laboral, es posible que achaque la minusvalía a ese accidente, si no se da cuenta de que esa persona padece artrosis en la mayoría de articulaciones derivada de circunstancias naturales, y que podría percibir simplemente fijándose en las manos del sujeto. Normalmente ello se lo va a advertir un médico. Pero si no es así, probablemente no se vaya a dar cuenta de ese detalle.

Exactamente igual acaecerá si observa armas, por ejemplo. Quizás quede impresionado cuando vea la supuesta arma homicida, por ejemplo una espa-

da de grandes dimensiones, y no se percate de su peso simplemente porque no se moleste en sostenerla. Pero la percepción de ese peso le llevaría a la conclusión de que el acusado, que es una persona con una tremenda debilidad física, no pudo de ninguna manera haber utilizado ese arma para cometer el homicidio, lo que le hubiera llevado a la conclusión de su inocencia.

Todos ellos son errores de percepción absolutamente común, que va a percibir un juez igual que cualquier ciudadano y probablemente también los abogados de las partes. La forma de evitarlos es relativamente sencilla haciéndose acompañar de un perito, pero ni siquiera eso en ocasiones es suficiente, porque al perito también se le pueden pasar por alto varios detalles, dependiendo de lo eficiente que sea en su labor, como veremos seguidamente.

En todo caso, a los efectos de los errores considerados en este epígrafe, lo que es fundamental es que el juez no se limite a ver lo que le dicen que vea, sino que observe todo el entorno del objeto de la prueba. Y que a partir de ahí utilice todos sus sentidos para percibir dicho objeto. Su examen tiene que ser concienzudo, no pudiendo limitarse a una simple observación superficial. Sólo así logrará deshacer algunos de dichos errores, aunque evidentemente no todos, porque es posible que hasta las partes que le han propuesto la prueba hayan errado, sin mala fe, en sus conclusiones acerca del objeto de prueba en cuestión cuando decidieron solicitar su práctica al juez.

b) *Errores de valoración técnica de lo observado*

Siendo importantes los anteriores errores, los más relevantes pueden ser los que se van a describir en este apartado. Se trata de aquellos fallos de percepción que no dependen del criterio general de un ciudadano corriente, sino que en realidad sólo serían captados por un experto en la materia. En este sentido cabe citar prácticamente cualquier ámbito de la vida. Cualquier persona que vea un cuerpo inerte en la calle no sabrá distinguir, a primera vista, si la persona está dormida o ha fallecido. Tampoco podrá percibir con absoluta verosimilitud si un sujeto ha consumido estupefacientes, y de qué tipo, en caso de que se trate de examinar a un consumidor habitual. Y si del ámbito personal nos trasladamos al de las cosas, un juez que vea una grieta en la base de un edificio, o una humedad en un muro, tampoco podrá determinar su peligrosidad. A tal efecto baste recordar en este momento algunas estructuras arquitectónicas de Antoni Gaudí, que parecen inverosímiles, o incluso la archiconocida torre de Pisa o las también torcidas, y no tan conocidas, torres Garisenda y Asinelli de Bolonia. Cualquier persona que las viera por primera vez concluiría que amenazan ruina, y lo cierto es que llevan allí aproximadamente desde el siglo XIII.

Con todo, la ventaja con este tipo de errores es que el juez puede evitarlos con facilidad. Cuando prevea que va a tener que practicar un reconocimiento en el que es necesario tener conocimientos técnicos, no debería admitir la prueba si al mismo tiempo no se propone la práctica de una prueba pericial,

porque de lo contrario lo que va a suceder es que se deje impresionar por lo que vea, si es algo espectacular. O no perciba la gravedad de lo observado. En ese caso el reconocimiento acabaría siendo perfectamente inútil.

Pero también es posible que el juez llegue a la conclusión de que si ya se practica un dictamen pericial sobre el objeto de la prueba, tiene escaso sentido que el juzgador se desplace al lugar de los hechos, o incluso los observe aunque no tenga que desplazarse. Quizás no le falte algo de razón en algunos casos en esa conclusión, dado que si se confía en el buen hacer del perito probablemente no tenga sentido que el juez presencie sus actuaciones.

Sin embargo, en mi opinión no es así, o al menos no siempre. La presencia complementaria del juez durante la práctica de la pericia está dentro de la lógica de las cosas por lo menos en tres sentidos. En primer lugar, el hecho de que el juez presencie la pericia constituye una garantía adicional a la siempre discutida imparcialidad del perito. Si el juez está presente en la diligencia, es posible que sea capaz de ver la actitud del perito en la realización del dictamen, en el sentido de si ésta fue cuidadosa, o más bien fue superficial o incluso abúlica. Todo ello, aunque no se trata de un criterio seguro y cerrado porque supone valorar la conducta del perito, con todos los problemas que ello plantea, puede constituir, como digo, un dato complementario que el juez puede tener en cuenta en su valoración si observa, al margen de esa conducta, que el dictamen posee varios de los defectos que vimos con anterioridad. Es factible que aquel comportamiento que observó en el perito le explique muchos de los defectos del dictamen. No es un dato dirimente para descartar la eficacia del dictamen, que debe analizarse a la luz de los criterios que ya vimos con anterioridad. Pero es obvio que el juez lo tendrá en cuenta, aunque sea en último lugar.

En segundo lugar, la presencia del juez durante la práctica del dictamen le va a servir para acreditar que los datos técnicos que tomó el perito son ciertos. Lógicamente, su conocimiento privado no le va a permitir acceder a todo lo que observe el perito, pero sí que podrá descubrir *a posteriori*, leyendo el dictamen, la existencia de crasos errores que, de otra forma, seguramente le pasarían desapercibidos.

Finalmente, que el juez comparezca mientras el perito examina el objeto de la pericia, puede ayudar sobremanera a dicho experto. El juez puede conducirle para que verdaderamente observe y se fije en algunos detalles que son los verdaderamente discutidos en el proceso. Téngase en cuenta que el perito, normalmente, no conoce en detalle lo debatido en el caso concreto, al menos no con el detalle que lo conocen el juez y las partes. Es por ello que el papel del juez guiando al perito puede redundar, a buen seguro, en la emisión de un mejor dictamen. Cuántas veces se ven en la práctica dictámenes incompletos, simplemente porque el perito no ha entendido bien las preguntas que se le formularon, lo que no es extraño teniendo en cuenta que es un jurista quien las formula, y no alguien conocedor de su ciencia que, en consecuencia, hable su mismo lenguaje. En esos casos, sólo el interrogatorio del perito consigue a veces disipar las dudas, pero en el fondo ello es defectuoso, porque el perito sólo contestará correctamente aquello que recuerde

bien, siempre y cuando para contestar la pregunta no tenga otro remedio que volver a realizar el examen pericial, porque lo cierto es que no practicó su pericia adecuadamente para resolver esas preguntas porque no sabía sobre qué exactamente se le estaba consultando.

Por tanto, la presencia del juez se constituye en una garantía suplementaria de la prueba pericial. Además, el hecho de que vea las personas, las cosas o lugares acompañado de un perito a quien le pueda ir preguntando sus dudas, hará que posteriormente su sentencia esté mejor motivada, al tener superiores posibilidades de entender técnicamente lo que está decidiendo.

D) Contradictoriedad con el acta o la filmación del reconocimiento

Uno de los problemas que se producen en ocasiones en la práctica del reconocimiento judicial, o mejor dicho, en la redacción de la sentencia, es que las apreciaciones del juez no coinciden con la realidad observada por las partes. Ello sería un problema verdaderamente insoluble si no se levantara acta del reconocimiento, en la que consta, normalmente, lo que el juez le dice al secretario judicial que ha visto, que no siempre lo que ven secretario judicial y juez al mismo tiempo. Las discrepancias entre uno y otro pueden ser de matiz, pero pueden producirse perfectamente. Normalmente son resueltas en el acto, previo debate entre los actores de la prueba, pero pueden producirse algunos contrastes entre lo observado por cada uno. No obstante, la situación no es nada frecuente, y en esos casos a las partes únicamente les queda insistir en los errores del acta en fase de conclusiones, y sucesivamente en todos los recursos de que dispongan. Si el error de observación es tan grave, no habría inconveniente para que fuera incluso alegado en casación, por contradecir la más elemental lógica humana, como veremos en el último epígrafe. Pero la situación que se plantea es compleja, dado que esta prueba sí que depende más que ninguna otra de la inmediación, como es lógico, lo que provocará un auténtico callejón sin salida ante el que no existirá posible defensa, sobre todo si el acta no fue impugnada en su momento y el juez se atiene a la misma.

Pero lo que puede plantear más problemas es, precisamente, que el juez no se atenga, o bien que se separe de algo mucho más perfecto que el acta, que es la filmación de lo observado.

El error es tan grave que en caso de descubrirse no tiene que haber el más mínimo inconveniente para la revocación de la sentencia. Pero el problema que afecta más a la valoración no son estas discrepancias tan sumamente evidentes, sino más bien las diferencias de apreciación en lo que consta en el acta, dado que puede contener algunas ambigüedades que fueran pasadas por alto. O bien puede suceder que la calidad de las imágenes sea baja. En todos estos casos, lo que ocurrirá normalmente serán discrepancias en el recuerdo del juez y las partes, que no pueden ser salvadas acudiendo al acta, porque es ambigua, pero tampoco quizás a la filmación, porque es de baja calidad.

En esas situaciones, no queda otro remedio que tratar al recuerdo del juez del mismo modo que se trata el de un testigo. Es decir, ante la imposibilidad de hacer declarar al juez sobre lo observado —salvo que fuera imputado penalmente—, la única solución viable parece ser someter lo expresado en su motivación al mismo test de calidad que se propuso en su momento para los testigos, con las concreciones que veremos enseguida. En realidad, ante los hechos acaecidos durante el reconocimiento está exactamente en la misma posición que un testigo. Ya vimos que su nivel de atención era mayor al de un testigo corriente, pero con todo y con eso, con respecto a los detalles que estoy refiriéndome en este momento, el juez actúa como un testigo desinteresado cualquiera. Es posible que no recuerde perfectamente lo que vio, y que ni el vídeo ni el acta le ayuden. O bien que sí esté convencido de recordarlo perfectamente, pero que en realidad esa firmeza, como ya vimos con anterioridad respecto a los testigos, no se corresponda con la realidad. Pero acuciado por el hecho de tener que dictar sentencia, esté obligado necesariamente a recordar algo de lo que vio, aunque quede descartada, lógicamente, la perfección del recuerdo.

La misión del juez es intentar evitar los fallos más comunes de la memoria, que ya vimos en su momento, y tener presente su posible incidencia a la hora de dictar la sentencia, dándose cuenta de que si a la hora de motivar incurre en los vicios más comunes de los testigos y tiene que cubrir los vacíos en la motivación con su intuición, lo más probable es que el hecho, en realidad, no esté probado, por lo que no cabría incluirlo como tal dentro de la sentencia. Por su lado, la labor de las partes consistirá en intentar descubrir esos fallos, aunque no es tarea fácil.

Para tal fin, como ya se ha dicho, pueden acudir al análisis de calidad de la declaración del testigo que vimos en su momento, pero concretando qué tipo de testigo sería el juez en este caso, lo que no es una tarea tan fácil. Podría decirse que es un testigo desinteresado, por la imparcialidad de la que debe gozar, pero ello es cierto solamente a medias con respecto a lo observado en el reconocimiento judicial en estos casos concretos de difíciles recuerdos. La actitud del juez ante estos vacíos probatorios puede bascular entre dos opciones. O bien entiende que si ni en el acta ni en la filmación se recogió correctamente el hecho, el mismo en realidad no era de observación sencilla, por lo que no lo tendrá por probado. En el caso de que el defecto esté en el acta es sencillo que obre de ese modo, porque ninguna de las partes advirtió el error del acta en su momento. Pero si el defecto está en la filmación, habida cuenta de que dicha filmación no se repasa en el acto de reconocimiento, es posible que en su visionado posterior surja el inconveniente de que las imágenes no tengan la calidad suficiente.

En ese instante es posible que el juez cambie de actitud y no se perdone el hecho de no haber realizado una buena observación en su momento, confiando en el visionado posterior de la grabación. Y ante esa realidad, decida improvisar en la sentencia rellenando las lagunas de la filmación y de su recuerdo con intuición. Si obra de ese modo ya no es más un testigo desinteresado, sino que, bien al contrario, tendrá ya un interés en que sus recuerdos se

correspondan, no ya con lo observado, que no recuerda en realidad, sino con la justicia que cree que debe tener aquel supuesto específico. En esa situación, el olvido curiosamente servirá para refrendar sus conclusiones sobre el caso concreto en la sentencia, no descubriendo, por supuesto, la existencia de dicho olvido involuntario.

La incidencia de esta actitud es difícil de medir y, además, no tiene ni la más mínima importancia en este momento. Lo que ahora corresponde es señalar cómo se descubre la existencia de esa actitud y, sobre todo, cómo puede ser atacada.

Lógicamente, si el relato del juez no es coherente y no está corroborado, su sentencia podrá ser revocada, por lo que no parece que esos dos criterios puedan tener la más mínima utilidad en este caso, puesto que su ausencia haría ociosa cualquier reflexión sobre el reconocimiento judicial. Por eso sólo es posible fijarse en el resto de criterios que, curiosamente, son de gran ayuda en este caso concreto: la contextualización y la existencia de comentarios oportunistas.

Los jueces acostumbran a no contextualizar los hechos en sus sentencias, salvo en las penales y en algunas civiles. Pero cuando se ha practicado un reconocimiento judicial y se habla de él en la sentencia, resulta inevitable contextualizar lo observado, porque de lo contrario dicho reconocimiento no se está describiendo en realidad. Una cosa es referirse nominalmente al reconocimiento, sin más, en la sentencia, lo que normalmente resulta inútil, y otra muy distinta es describir los resultados del reconocimiento, para lo que es imprescindible contextualizar porque si no, no se entienden esos datos. Si se dice que en el reconocimiento se observó la presencia de un animal muerto en la casa, ello no nos dice absolutamente nada. Pero si se añade que la casa era antigua y que llevaba mucho tiempo cerrada, se podrá concluir la falta de uso de la misma durante largo tiempo, lo que es de utilidad en diversos pleitos civiles. Pero hace falta, como se ve, esa contextualización. Si no existe, es posible que los recuerdos del juez sean inexactos.

Y si, además, realiza comentarios oportunistas en la sentencia, aumenta la posibilidad de que esté intentando encubrir su olvido con la vehemencia. Todo ello no son más que posibles indicativos ante una discrepancia entre lo observado por las partes y lo declarado por el juez en la sentencia. Evidentemente, no existe la absoluta seguridad de que esas evidencias demuestren un recuerdo inexacto, por lo que le pueden servir al juez para comprobar él mismo que no le han traicionado sus recuerdos, una vez que relea la motivación de la sentencia.

Pero las partes difícilmente podrán impugnar la resolución acudiendo a esos criterios. Los pueden tener en cuenta, citarlos a mayor abundamiento, pero si el relato del juez no contiene errores de corroboración, será muy difícil conseguir la revocación de la sentencia, dado que el tribunal superior no encontrará motivo razonable alguno para desautorizar al juez *a quo*.

Diferente sería el caso, lógicamente, si dicho juez concluye la existencia de una serie de hechos contrarios a toda lógica humana. Si es así, la impug-

nación está servida, pero por fortuna es infrecuente encontrarse con errores tan crasos.

E) Prevención de los errores del juzgador

En esta prueba, más que en ninguna otra, es necesario celebrar debidamente la fase de conclusiones, dado que en la misma es donde las partes van a poder exponer su versión sobre lo mismo que el juez ha visto. De hecho, aunque no está previsto en la legislación, en aras de poder conseguir la difícil objetividad del reconocimiento judicial, como ya indiqué en su momento, sería muy positivo que el juez expusiera sus conclusiones sobre lo que observó antes de dictar sentencia, lo que resulta especialmente relevante en el caso del reconocimiento judicial. No basta que las partes dispongan del acta, o bien de la filmación. Es necesario que sepan con precisión aquello que el juez ha creído tras su percepción, porque esa es la forma de cubrir despistes, llenar olvidos y, en definitiva, reconstruir buenamente entre todos lo realmente acaecido, siempre que las partes colaboren, claro está, porque de lo contrario será imposible.

De hecho, si la filmación es de baja calidad o el acta es incompleta, solamente esa fase de conclusiones puede ayudar al juez a reconstruir la memoria de los hechos. Fijémonos en que no hay más oportunidades. Esta prueba, como empecé diciendo, pertenece al fuero interno judicial, sólo expresado en el acta, la filmación y, finalmente, en la sentencia. Si antes de dictarse esta última el juez no expresa sus impresiones públicamente y, además, resulta que el acta o la filmación son defectuosas, el error estará a punto de consumarse. Lo más peligroso es, como hemos visto, que el juez intente integrar ese vacío con lo que intuye que debe de haber visto, pero que no recuerda. Pero igualmente negativo es que se incline por la solución más legalista, pero que también puede ser más injusta. Si el acta o la filmación son imperfectas y además el juzgador no recuerda algunos extremos, la prueba no ha dado resultado y, por tanto, a falta de otras pruebas deberá aplicar la carga de la prueba.

Y en este caso, es muy inoportuna la aplicación de esa *ultima ratio* probatoria del ordenamiento procesal. Recordemos que cuando el juez utiliza la carga de la prueba, en realidad está valorando la conducta probatoria de las partes, decidiendo sancionar con la pérdida del proceso a la que lo tenía más fácil para aportar esa prueba, pero no lo hizo.

Ese criterio resulta aquí de una gran injusticia, porque la supuesta «culpa» del vacío probatorio en este caso no es de las partes, sino del juez, por lo que la solución debería ser otra. Además, con ello se demuestra la imperfección del criterio de la carga de la prueba, aunque esa ya es otra cuestión sobre la que no puedo entrar ahora.

La única solución es volver a practicar de nuevo el reconocimiento, como diligencia final del proceso civil, o incluso en apelación por ser una de esas pruebas que, sin culpa de ninguna de las partes, no dio resultado.

Pero puede suceder también, ya por último, que el reconocimiento no pueda repetirse. En ese caso, no quedará ya otro remedio que reconocer la falta de resultado de la prueba y acudir, aun a regañadientes, a la carga de la prueba, al menos hasta que a los juristas algún día se nos ocurra una solución mejor, que desde luego no es sencilla [297]. Pero quede constancia de que acudir a la carga de la prueba en estos casos resulta, más que en ningún otro, tremendamente injusto.

8. LA IMPUGNACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Este último punto va a ser necesariamente breve. En primer lugar, es el extremo al que la doctrina le dedica un mayor espacio, si bien casi siempre realizando extensos estudios jurisprudenciales que desvelan casos concretos en los que, en apelación o en casación, el tribunal ha decidido excepcionalmente criticar realmente la valoración probatoria. Son conocidos además los distintos subterfugios a través de los que los recurrentes han conseguido, finalmente, que el tribunal de que se trate entre en ese tema. Permítaseme, no obstante, realizar unas genéricas reflexiones generales antes de tratar esta problemática específicamente para cada recurso, reflexiones que en buena medida resumen toda la temática de la impugnación, aunque las concretaré después.

En el proceso civil se ha logrado que, tanto en apelación como en casación, el tribunal examine la apreciación probatoria si se infringió una norma de prueba legal, o bien si no se ha respetado, de forma prácticamente grosera, la lógica de las cosas en la valoración de la prueba [298]. Son, por demás, conocidas las constantes e injustificadas excusas de los tribunales de casación para no conocer de los hechos [299], y no merece la pena entrar una vez más en una nueva descalificación de esa doctrina jurisprudencial [300], conocida por todos.

En el proceso penal, aunque históricamente se intentaron forzar varios cauces jurídicos, finalmente ha triunfado la vía de la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia [301]. Simplemente es necesario que el letrado razone que no había prueba de cargo suficiente en el proceso como para condenar. Y para ello no es un mal mecanismo —aunque complejo de

---

[297] En este sentido, la advertencia que apunta E. Oteiza, «La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar», en AAVV (coord. Oteiza), *La prueba en el proceso judicial,* Buenos Aires, 2009, pp. 202 y ss., respecto de que el juez advierta a la parte cuál de ellas está en mejor disposición de probar, constituye a mi juicio una vía a explorar muy seriamente.

[298] *Vid.* v. g. A. Blomeyer, «Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Empfiehlt es sich, das Recht der Beweislast und der Beweiswürdigung durch gesetzliche Vorschriften fortzubilden und in welchem Sinne?», *Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag,* München, Berlin, 1966, pp. 44 y ss.

[299] *Vid.* J. Nieva Fenoll, *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona, 1998, pp. 328 y ss.

[300] Que ya realicé ampliamente en Nieva Fenoll, *El hecho y el Derecho*, cit., pp. 95 y ss.

[301] Nieva Fenoll, *El hecho y el Derecho*, cit., pp. 185 y ss.

explicar con frecuencia— recurrir a la ilogicidad de las valoraciones probatorias. Si se consigue denunciar esa ilogidad con éxito, los tribunales, tanto los de apelación como los supremos, pueden darle la razón al recurrente.

Pero como digo, no creo que merezca la pena entrar en una explicación muy detenida de cómo forzar, una vez más, los motivos de casación, o los cauces de la apelación. Los tribunales de segunda instancia y casación han abusado tremendamente del valor de la inmediación [302], lo cual, como hemos visto líneas atrás, en pocas palabras puede decirse que es poco menos que absurdo [303]. Argumentan los tribunales que no pueden valorar aquello que no han visto, y de ese modo prescinden de todas las declaraciones de personas, por supuesto de los reconocimientos judiciales, y sólo prestan alguna atención a la prueba documental y a los dictámenes periciales, aunque sin analizar realmente los documentos y sin valorar las pericias en la medida en que son realmente valorables, sino observando simplemente si un documento ha sido flagrantemente pasado por alto, o el tribunal se separó del dictamen pericial de forma absolutamente injustificada. Pero todo ello ya es muy conocido como para volver nuevamente a una crítica que venga a poner nuevamente en cuestión lo que todo el mundo sabe que no son sino burdos pretextos para evitar entrar en la valoración de la prueba.

La valoración de la prueba tiene que ser puesta en tela de juicio criticando el uso de las herramientas que emplea, las llamadas «máximas de experiencia» si se quieren denominar así, pero no como un conjunto inabarcable y tenebroso que sólo permita discutir un juicio probatorio si el tribunal de primera instancia cometió una barbaridad. Al contrario, en los epígrafes anteriores he expuesto todas esas máximas que un juez sí puede tener objetivamente en cuenta a la hora de valorar la prueba. Y como esa toma en consideración de esas máximas es eminentemente objetiva y se controla a través de la motivación, el tribunal *a quo* deberá justificar las razones por las que atribuye credibilidad a cada medio de prueba. Si no aporta esas razones, la sentencia será revocable. Si las aporta pero las utilizó de manera indebida, también lo será.

Por tanto, simplemente hace falta exponer cuáles debieron ser esos criterios que influyeron en la valoración, y que el tribunal *ad quem* los examine a la luz del material obrante en autos. Sin dejar de lado dicho material como si estuviera incomprensiblemente prohibido acercarse a él. Y, por supuesto, sin escudarse en que la valoración de la prueba se nutre de circunstancias sólo

---

[302] *Vid.*, entre otras muchas, STS (Sala 2.ª) 16-7-2009 (núm. rec 1117/2008), FD 3: «Ahora bien quedan excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe». O bien las STS (Sala 2.ª), 12-7-2009 (núm. rec. 2049/2008), FD 1: «Pero todo ello por supuesto sin que, en ningún caso, resulte permisible que nuestra actividad se inmiscuya en la función estrictamente valorativa de la prueba, que corresponde, en principio, a la soberanía del Tribunal *a quo*. Habiéndose afirmado reiteradamente en este sentido que la prueba practicada en el juicio oral es inmune a la revisión en lo que depende de la inmediación».

[303] *Vid.* nuevamente De Marini, *Il giudizio di equità*, cit., p. 114. Henke, «Rechtsfrage oder Tatfrage», cit., p. 374. Igartua Salaverría, «Prueba científica», *op. cit.*

apreciables por el juez que observó la prueba, como si la lógica judicial en esa observación fuera algo misterioso y desentrañable o, peor aún, no dependiera de criterios lógicos o estos fueran inexpresables por el juez *a quo*. Porque si existe esa inexpresabilidad, lo que en realidad acontece es que estamos ante una carencia de motivación, dado que no es lícito que un juez se apoye únicamente en su intuición. Todo lo contrario. Se llega a las conclusiones probatorias no por casualidad ni consultando un oráculo, sino por razones objetivas. Hace falta que el juez motive esas razones, y que los tribunales superiores revisen esa motivación, porque desde luego que pueden hacerlo de la forma indicada.

Y para los tribunales más exigentes que precisen, de manera algo fetichista, la inconsecuente cita como infringido de un precepto legal que le indique al juez que tiene que usar la lógica de su juicio para valorar la prueba —lo que tendría que sonar hasta indigno por obvio—, no existe problema alguno. Basta la cita de todos los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que remiten a las reglas de la sana crítica. Y en el caso de la prueba de reconocimiento judicial, al faltar este precepto, debería bastar con una mención como infringido del art. 218.2 de la LEC, que dispone:

> *Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.*

La referencia a las reglas de la lógica y de la razón es más que suficiente para considerar referidas las «máximas de experiencia». De hecho, sería suficiente este artículo en toda la ley para que el juez hiciera lo que sería, no obstante y como he dicho, obvio: utilizar su propio intelecto de forma coherente [304].

Y con respecto al proceso penal, la referencia del art. 741 de la LECrim. a la «conciencia» del juez hubiera tenido que ser más que suficiente para los mismos efectos, sin necesidad de tener que recurrir, casi a la fuerza [305], a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

---

[304] F. M. Iacoviello, *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 267: «*Ma per imporre al giudice di ragionare no è necessario —si suppone— trasformare i canoni razionali in regole giuridiche*».

[305] *Vid.* STC 31/1981, de 28 de julio. Dicha sentencia supuso un cambio de enorme calado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, remisa hasta entonces a analizar las cuestiones probatorias en sus sentencias penales. A partir de esa resolución histórica, se inició la tendencia jurisprudencial de la vulneración de la presunción de inocencia aludida en el texto principal: «3. El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la LECrim., supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el propio

Por consiguiente, para acceder a esos medios de impugnación sólo es necesario conocer la máxima infringida. Una exposición de dichas máximas en este momento resultaría ociosa, por lo que a la lectura de las páginas anteriores me remito, que determina esas «reglas de la sana crítica» en función de cada medio de prueba utilizado. Identificada la máxima que el juez dejó de cumplir, podremos entrar en la valoración epistemológica de la errónea inferencia utilizada, lo que será útil para analizar la motivación. Podremos incluso adentrarnos en el trasfondo psicológico del error probatorio del juez, y probablemente hallaremos esa razón en cualquiera de los sesgos de información que se expusieron en su momento. Y hasta podrá realizarse un cálculo de probabilidades de acierto de la sentencia en casos muy dudosos, desde el punto de vista epistemológico, psicológico y hasta matemático, al menos para algunos autores.

Pero todo ello será de poca utilidad en el fondo a los efectos de la impugnación, pese a que sean criterios que sin duda ayudan a localizar los diferentes errores, pero sobre todo asisten al juez para intentar evitarlos. Sin embargo, a los efectos de la impugnación habrá que recurrir a lo dicho en este capítulo. Y si se logra encontrar la máxima infringida y se demuestra su relevancia para el juicio final de la sentencia, el tribunal *ad quem* no tendrá otro remedio que revocar la resolución.

No obstante, a fin de facilitar la labor impugnatoria, a continuación, recapitulando todo lo anterior describiré brevemente cómo se debe articular esa impugnación según el recurso de que se trate, dividiendo la explicación en los dos principales recursos en el ámbito internacional: el recurso de apelación y el recurso de casación.

A) La impugnación de la valoración de la prueba en apelación

Hay consenso doctrinal en la afirmación de que el recurso de apelación abre una segunda instancia, lo que deja abierta la vía a que el tribunal pueda revisar el razonamiento probatorio del juez *a quo*. Descartada reiteradamente la excusa de la inmediación en los epígrafes anteriores, lo cierto es que el tribunal *ad quem* debe revisar la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez *a quo*, si así se lo solicitan los recurrentes.

Lo que debe determinarse en este momento es el ámbito de lo que el juez de apelación puede revisar. No debe olvidarse que no es quien ha practicado la prueba, lo que sin duda le resta cierto margen de maniobra, aunque no siempre, porque con respecto a la prueba pericial y documental, por ejemplo, se encuentra exactamente en las mismas condiciones que el juez *a quo* ante esos elementos de convicción.

Pero con todo, reconózcase que no es lo mismo valorar por primera vez que revisar dicha valoración. En los escasos ordenamientos en los que el juez

art. 741 de la LECrim., son "las pruebas practicadas en el juicio", luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él *(secundum allegata et probata)*».

ad quem no lleva a cabo una *revisio prioris instantiae*, sino algo más próximo a un auténtico *novum iudicium* [306], la crítica del juez *ad quem* no puede tener límites, salvo los derivados de la posible irreiterabilidad de una prueba. Por el contrario, si el juez sólo revisa, su posición ante la prueba no es exactamente la misma que la del juez *a quo*.

No obstante, no debe sobredimensionarse en absoluto la anterior realidad, porque lo cierto es que no tiene tanta importancia si se analiza detenidamente la valoración del modo en que se ha hecho en los epígrafes anteriores. Si se observa el detalle de todo lo analizado en este capítulo se comprobará que, de hecho, se ha limitado la valoración probatoria del juez a aquello que es objetivable, es decir, a lo que no depende de una intuición inexplicable, sino de razones concretas que conducen al juez a una determinada conclusión. Ello constituye la auténtica obligación de un jurista que no quiera convertirse en un simple adivino, aunque también es una exigencia de la multitud de normas jurídicas que obligan al juez a ajustarse a criterios lógicos en su valoración. Y, desde luego, esos criterios no pueden ser lógicos si los mismos no son revisables por otro sujeto *a posteriori*. Los ciudadanos podemos confiar en la labor de los poderes públicos cuando motivan, como deben, las razones de sus decisiones, pero no se nos puede obligar en absoluto a tener fe en los poderes públicos, sobre todo cuando estos no se justifican, escudándose en una supuesta inescrutabilidad de sus decisiones. Y es que existe una enorme diferencia entre confiar y tener fe. Pareciera que en este aspecto la valoración de la prueba, ciertamente, se hubiera quedado en la etapa histórica de la ordalía para aquellos que una y otra vez insisten en la «inmediación», a fin de justificar vanamente que el razonamiento probatorio no sea criticable en las instancias superiores.

La impugnación que conlleva la apelación, en el contexto que se acaba de centrar, tiene una doble vía: la de la puesta en cuestión de la lógica del razonamiento judicial, y la que critica la expresión de ese razonamiento, es decir, la motivación. Veámoslo separadamente.

a) *La impugnación de la lógica del razonamiento judicial*

Siempre y cuando el juez haya motivado su razonamiento probatorio, el juez *ad quem* podrá revisar las declaraciones prestadas por los sujetos del proceso, y comprobar que efectivamente eran coherentes, estaban corroboradas, contextualizadas y no contenían detalles oportunistas, siempre que cada uno de esos aspectos sea relevante en el caso concreto, según lo vimos con detalle anteriormente. Si el juez da credibilidad a una declaración que no contenga esos parámetros y no justifique por qué ha prescindido de los mismos, el recurrente podrá alegar que la valoración de la prueba no se rigió por criterios lógicos y, en consecuencia, podrá impugnar dicha valoración.

---

[306] Es el caso francés (arts. 561 a 565 NCPC; *vid.* también R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Paris, 1995, pp. 549-550), o incluso, como fue hasta 2001 el caso alemán (Rosenberg, Schwab y Gottwald, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 934).

A tal fin es muy útil, evidentemente, que el juez *ad quem* disponga al menos de las transcripciones de las declaraciones, con el objeto de poder comprobar dichos extremos. Evidentemente, si dichas transcripciones no existen ni siquiera en parte, o bien la filmación es de mala calidad, de manera que en cualquiera de los dos casos no se entiende en absoluto lo expresado por los declarantes, el juez *ad quem* no podrá entrar en la crítica del razonamiento probatorio, salvo en la estrecha medida que le permita la crítica de la «motivación» en sí misma considerada, y que veremos después. En ese caso, no tendrá otro remedio que confirmar la sentencia de instancia. Pero el recurrente podrá exigir, sin duda, responsabilidad patrimonial del Estado por mal funcionamiento de la administración de justicia.

Ciertamente, a día de hoy, no se transcriben las declaraciones y a veces incluso no se graban. Esa realidad debe cambiar radicalmente si queremos que, efectivamente, los jueces *ad quem* puedan realizar correctamente su labor. De lo contrario seguiremos estando en un panorama oscurantista en el que los jueces superiores tienen que confiar ciegamente en lo dicho por los inferiores. Evidentemente, si el acta del juicio está bien realizada también puede ser útil a estos efectos, pero en menor medida, porque siempre es necesariamente incompleta [307].

Con respecto a la prueba documental y a la prueba pericial, la labor del juez *ad quem* es algo más sencilla. Ya se vieron anteriormente los extremos que el juez debe controlar para proceder a una correcta y objetiva valoración, y ahora consiste simplemente en que el juez *ad quem* compruebe el seguimiento de dichos criterios, previa impugnación de la parte recurrente. De ese modo, el litigante gravado por la resolución deberá alegar que el dictamen no siguió los parámetros de calidad indicados anteriormente, o bien que el juez se separó arbitrariamente de dicho dictamen. Cualquiera de los dos extremos son relativamente sencillos de comprobar, como ya se vió. Asimismo, pueden alegar el contraste del dictamen con la resultancia de otras pruebas, así como que existen dictámenes contradictorios y el juez no ha justificado

[307] Incluso tras la reforma del art. 146 de la LEC, que intentó concretar el contenido del acta: «1. Las actuaciones procesales que no consistan en escritos y documentos se documentarán por medio de actas y diligencias. Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, el Secretario judicial garantizará la autenticidad de lo grabado o reproducido.

2. Cuando la ley disponga que se levante acta, se recogerá en ella, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado.

Si se tratase de actuaciones que conforme a esta ley hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción, y el Secretario judicial dispusiere de firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley garantice la autenticidad e integridad de lo grabado, el documento electrónico así generado constituirá el acta a todos los efectos.

Si los mecanismos de garantía previstos en el párrafo anterior no se pudiesen utilizar, el Secretario judicial deberá consignar en el acta los siguientes extremos: número y clase de procedimiento, lugar y fecha de celebración, tiempo de duración, asistentes al acto, peticiones y propuestas de las partes, en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas, resoluciones que adopte el juez o Tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

En estos casos, o cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el acta se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación careciera de medios informáticos».

por qué ha seguido uno u otro, o bien porque ha escogido sesgadamente extremos de uno y otro dictamen sin dar cuenta del porqué. Todos ellos son defectos de razonamiento que se descubren simplemente a través de la lectura de la sentencia, y que explican cumplidamente, por fin, por qué no fue lógica la valoración del juez del dictamen pericial.

También pueden poner los recurrentes en tela de juicio la profesionalidad del perito. Aunque en este caso debe hacerse una salvedad. Entiendo que sería contrario a la buena fe denunciar la falta de profesionalidad del perito por primera vez en apelación, dado que si el mismo no era apto, ya se sabía en la primera instancia, e incluso antes de la práctica de la prueba. En este sentido, creo que habría de resultar oportuno que las leyes advirtieran de la necesaria denuncia previa de este extremo, a fin de que no sea alegado de manera ilegítima, utilizando a destiempo los criterios ofrecidos en su momento, con el único propósito de desacreditar indebidamente al perito.

Con respecto a la prueba documental, el juez *ad quem* está en inmejorables condiciones para controlar su valoración. Tiene ante sí el objeto de la prueba, por lo que podrá realizar el correspondiente análisis semiótico visto en su momento. Y las partes podrán denunciar, por descontado, los errores de interpretación derivados de dicho análisis. Por lo demás, las partes también pueden alegar que el juez pasó por alto un documento de valoración legal, lo que es especialmente frecuente con los documentos privados no impugnados por las partes. En todo caso, si el juez realizó un análisis semiótico erróneo, su valoración puede ser revocada. Se abre de ese modo un amplio campo de impugnabilidad muy poco explorado en la práctica, y que lo cierto es que a día de hoy, en la mayoría de sentencias, es muy excepcional. Lo tradicional es argumentar que un juez prescindió de un documento. El futuro —sin descartar lo anterior— consistirá en la alegación de los errores de contextualización y de modalidad del documento, en aras de conseguir una interpretación adecuada del escrito.

En relación con el reconocimiento judicial, la cuestión se hace mucho más compleja, porque el juez *ad quem* muchas veces no dispondrá del objeto de la prueba, si éste es inmueble o el objeto de la prueba era perecedero. Si no lo era, desde luego que podrá volver a examinarlo. Pero si dicho objeto era efímero, difícilmente podrá controlar la valoración realizada. Como ya se dijo, pueden intentarse alegar los errores de observación del juez por los contrastes en el acta o en la filmación, siempre que surjan de las mismas, por supuesto. Pero lo más posible es que dichos contrastes no existan, porque se trata de situaciones rayanas con la prevaricación.

Lo más frecuente, nuevamente, es que el juez no motive cumplidamente el ajuste a la realidad de sus observaciones. Si ello es así, es decir, si el juez dice simplemente que vió X, pero no justifica las corroboraciones a su observación y existen en los autos otras pruebas que lleven a concluir justamente lo contrario, la justificación de su razonamiento es ilógica, siempre y cuando no se explique cumplidamente el porqué de los contrastes. Ello puede ser especialmente frecuente cuando se haya practicado una prueba pericial.

Lo que va a quedar fuera por completo del examen de apelación es la existencia de errores comunes por parte del juzgador. Los errores técnicos pueden evidenciarse a través del contraste con el resultado de una prueba pericial. Pero los errores comunes, si no cabe demostrarlos a través de la confrontación con el acta o con la filmación, van a quedar fuera del ámbito de la impugnabilidad. La razón, no obstante, no estriba en que se respete la inmediación judicial, sino en que el juez *ad quem* no tiene manera humana de comprobar la existencia de dichos errores. Lo único que cabe hacer es lo que ya se expuso: advertir al juez sobre que puede cometer dichos errores para que trate de evitarlos. Pero una vez cometidos, salvo en los supuestos que acaban de verse, lo cierto es que dichos errores son inimpugnables.

El juez de apelación, finalmente, puede hacer algo más que descubrir los errores en el razonamiento probatorio de la forma indicada. También puede, a raíz del descubrimiento de dichos errores, valorar conjuntamente toda la prueba practicada y extraer una versión diferente a la afirmada por el juez *a quo*.

Ello no es una auténtica consecuencia lógica del descubrimiento del error. Su trabajo podría limitarse a descartar dicha versión al apreciar el error, y dictar sentencia revocando la de primera instancia, otorgándole la razón al recurrente cuyas peticiones aparezcan mejor fundamentadas una vez descartada dicha prueba, sin más. Pero puede ir más allá y, de hecho, es conveniente que vaya más allá. El tribunal de apelación está en perfectas condiciones de reinterpretar toda la resultancia probatoria, con lo que podrá resolver el litigio, desde luego, de manera más justa, practicando incluso pruebas complementarias en los casos en que el ordenamiento le autorice para ello.

Pero lo importante es que podrá cambiar la versión de los hechos. Es decir, su juicio no será simplemente negativo en orden a descartar la valoración realizada por el juez *a quo*, sino que será también positivo en el sentido de reconstruir la pequeña historia del proceso para dictar nueva sentencia. El hecho de que la apelación abra una nueva instancia, aunque pueda ser esencialmente revisora, obliga a que así sea, comportándose de este modo como el juez *a quo*, valorando de nuevo la prueba practicada. Aunque sin las amplias posibilidades de práctica de la prueba que éste tiene, dada la farragosidad que comportaría la repetición de la instancia completa.

Como se ve, todo lo anterior va muchísimo más allá de la tradicional revisión del juicio probatorio. Pero lo indicado es mucho más objetivo de lo que normalmente era esa tradicional revisión. Los recurrentes ya no van a alegar impresiones sobre la prueba, o simples intuiciones tendentes a desvirtuar el juicio probatorio porque no les fue favorable a su versión de los hechos. A partir de ahora esa versión será importante, naturalmente, pero mucho más importante será demostrar que las conclusiones del juez pudieron no ser ciertas, teniendo en cuenta que la valoración de la prueba practicada no respetó los criterios objetivos expuestos en su momento, lo que hace bastante verosímil que las conclusiones del juez no estén basadas en auténticas pruebas, sino simplemente en esas citadas impresiones e intuiciones, lo que no

es admisible en los tiempos presentes, teniendo en cuenta los avances de la psicología, de la semiótica y de las ciencias en general. El proceso no puede quedarse aislado del mundo científico y, por ello, la mejor forma de integrarlo es precisamente siguiendo sus parámetros para que las conclusiones probatorias del juez tengan las máximas posibilidades de corresponderse con la realidad. Posibilidades que aumentan, como acabo de explicar, cuando el juez *ad quem* entra en una necesaria labor de reconstrucción de la actividad de valoración probatoria.

b) *La impugnación de la motivación*

Puede ser, no obstante, que el juez no exprese en absoluto las razones por las que ha alcanzado una conclusión probatoria. Es posible que esa falta de motivación, o su expresión deficiente, escondan en realidad un fallo de razonamiento, pero no es posible saberlo precisamente porque la motivación es insuficiente. En esos casos todavía queda una oportunidad para la impugnación, denunciando precisamente esa insuficiencia, por ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la motivación de las sentencias.

Por consiguiente, en las declaraciones de personas, incluso cuando el acta sea incompleta y no haya ni transcripciones ni grabaciones, no quedan todas las puertas cerradas, dado que resta un último resquicio: el estudio de la motivación, por sí misma, de la valoración probatoria. Si el juez *a quo* no hace referencia alguna a las razones por las que le parece creíble una declaración y se basa simplemente en criterios como la vehemencia o la firmeza que exprese el declarante, la valoración probatoria podrá ser revocada. Es muy frecuente que en las motivaciones falte la expresión del análisis de credibilidad de las declaraciones. Pues bien, siempre que sea así, insisto, la sentencia estará carente de motivación y, por tanto, la resolución podrá ser revocada.

Lo mismo cabe decir de la prueba documental y de la prueba pericial, aunque con una diferencia muy sustancial. En esos casos el objeto de la prueba estará siempre en autos, por lo que el juez *ad quem* puede analizarlo directamente para extraer un juicio probatorio correcto. Ello sólo es posible con respecto a las declaraciones de partes si su trascripción, grabación, o al menos su resumen, constan en autos. En todos estos casos el tribunal de apelación podrá llevar a cabo la reinterpretación de la valoración probatoria, para lo que me remito a lo señalado en el epígrafe anterior.

No obstante, puede ser que la motivación sea insuficiente, pero con todo y con eso el tribunal *ad quem* pueda confirmar la sentencia. Analizando todos los criterios lógicos y bastante objetivos expresados anteriormente para valorar la prueba, es posible que, tras dicho análisis, decida el tribunal de apelación confirmar la sentencia porque llega a la misma conclusión que el juez *a quo*. En estos casos, la ausencia de motivación no es relevante, porque no determina la existencia de un error en la sentencia y, por ello, no puede

ser revocada. Es preciso que el recurrente tenga en cuenta este extremo, a fin de que no realice una impugnación que, a la postre, puede resultar inútil.

B) La impugnación de la valoración de la prueba en casación

Ante un alto tribunal las cosas, como ya se dijo, son diferentes. Los tribunales supremos, al no constituir una «instancia» [308], han proclamado su alejamiento de los hechos, lo que se debe a razones históricas bien conocidas y absolutamente denostadas que no es preciso repetir aquí [309].

Pero es que incluso manteniendo el indebido alejamiento de los tribunales de casación de los hechos al no poder constituir una entidad separada realmente del «derecho» cuando hablamos del juicio jurisdiccional, sigue existiendo la posibilidad de que el tribunal de casación analice la valoración probatoria en tres supuestos muy concretos:

1. Cuando el juez haya pasado por alto la aplicación de una norma de prueba legal. En este caso, una disposición claramente normativa obliga al juez a valorar la prueba en un determinado sentido, de manera que si el juez *a quo* prescinde de la misma y opta por la libre valoración, el tribunal deberá casar la sentencia, por vulneración del ordenamiento jurídico.
2. Si el juez sobrepasó los límites de lo razonable en la valoración probatoria, de manera que sus conclusiones no están sustentadas en ninguna lógica racional, el tribunal deberá casar también la sentencia [310], porque además de las vulneraciones normativas en que se incurre en este caso, y que fueron referidas en el texto introductorio de este grupo de epígrafes, lo cierto es que no hay regla más esencial de cualquier ordenamiento jurídico que el seguimiento de la lógica y la coherencia. No se está afirmando que las conclusiones valorativas del juez son fácticamente indebidas, en el sentido de que podría haberse realizado otra interpretación alternativa de los hechos. Se está diciendo, simplemente, que no existía manera humana de concluir lo que el juez *a quo* ha concluido, basándose en el material obrante en autos, o bien que se ha apoyado, no en «máximas de experiencia» como las que hemos visto en este capítulo, sino en simples juicios intuitivos y de subjetividad que no son objetivables y que, por tanto, no pueden sustentar una motivación razonablemente, porque sumen la justificación de la sentencia en un misterio insondable, lo que es contrario a cualquier buena práctica en materia, no ya de valoración de la prueba, sino también de motivación. Y, por ello, el tribunal debe casar la sentencia.

---

[308] Sobre ello existe reiterado consenso doctrinal desde el siglo XIX. *Vid.* DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, cit., t. IV, p. 82.

[309] *Vid.* NIEVA FENOLL, *El hecho*, cit., *passim*.

[310] *Vid.* NIEVA FENOLL, *El hecho*, cit., p. 195 y ss. En la jurisprudencia resulta ilustrativa la STS de 10-4-1997 (núm. rec 1386/1993), FD 4: «el recurso de casación no permite un nuevo análisis de la prueba, que lo convertiría en una tercera instancia, y en las de 21 de septiembre de 1991 y 18 de abril de 1992, que el Tribunal de apelación, en principio, es soberano en la apreciación de la prueba, salvo que aquélla resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica (...)».

Es cierto que muchas veces estos defectos se descubren con una motivación insuficiente o simplemente deficiente, pero no siempre, porque no cabe confundir con un simple defecto formal lo que no es sino una vulneración de las normas más esenciales del ordenamiento jurídico, incurriendo el juez en arbitrariedad. En esos casos, como digo, la resolución debe ser anulada.

3. Por último, es posible que el juez *a quo* haya acudido a la última *ratio* del ordenamiento probatorio, la carga de la prueba, antes de tiempo. Es decir, que haya prescindido de valorar el material probatorio obrante en autos y haya presupuesto que era insuficiente. Ello es especialmente frecuente, al ignorarse con frecuencia que las normas de carga de la prueba, como recuerda reiteradamente la doctrina [311], solamente se aplican cuando la prueba no existe o es manifiestamente insuficiente. Pues bien, en estos casos en los que el juez, en realidad, no ha valorado la prueba, la sentencia también debe ser casada, por aplicación indebida de las disposiciones legales sobre carga de la prueba a un supuesto que no corresponde.

No deseo confundir más al lector con ulteriores consideraciones [312], sino dejar claramente establecidos los tres supuestos en que el tribunal de casación puede acercarse indiscutiblemente a la valoración de la prueba para proceder a la casación de la sentencia. En todo caso, existe una norma jurídica en apoyo de ese examen del tribunal de casación, sea la norma de prueba legal, sea la que obliga a la debida motivación, sea la que regula la carga de la prueba o bien sea, como vimos, la que obliga a justificar las sentencias a través de criterios lógicos y, en consecuencia, excluyen la arbitrariedad del poder público judicial. La enorme mayoría de ordenamientos contienen esas normas jurídicas. Sólo resta, por tanto, aplicarlas y extraer sus necesarias consecuencias.

---

[311] La «*Beweislosigkeit*» a la que se refiere, por todos, D. LEIPOLD, «Comentario al § 286 ZPO», en STEIN y JONAS, *Kommentar zur ZPO,* Tübingen, 1997, p. 525.

[312] Que realicé en mis trabajos acerca del recurso de casación, que ya han sido citados.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *Journal des États Généraux*, t. XXXII, Paris, 1791.
ABEL LLUCH, X.: *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, 2005.
— «Valoración de los medios de prueba en el proceso civil», en AAVV, *Realismo jurídico y experiencia procesal. Liber amicorum a Serra Domínguez*, Barcelona, 2009, pp. 71 y ss.
ADELSON, B.: «Problem Solving and the Development of Abstract Categories in Programming Languages», *Memory and Cognition*, 1981, 9, pp. 422 y ss.
AÍSA MOREU, D.: *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, 1997.
ALCALÁ, A.: «"Aquí la envidia y mentira...". De las preguntas de Fray Luis de León en su proceso», en MUÑOZ MACHADO (ed.), *Los grandes procesos de la historia de España*, Madrid, 2002, p. 107.
ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: «Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba», en *Estudios de Derecho Probatorio*, Concepción, 1965, p. 32.
ALMAGRO NOSETE, *Eficacia probatoria procesal de los documentos*, Revista Universitaria de Derecho Procesal, 1992, núm. 6, pp. 13 y ss.
ALVARADO VELLOSO, A.: «La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento», en *Proceso civil e ideología*, pp. 240 y ss.
— *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, 2006.
ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: *La prueba por presunciones. Paricular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Granada, 2007.
AMODIO, E.: «Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973.
— «Motivazione della sentenza penale», *Enciclopedia di Diritto*, t. XXVII, 1977, pp. 181 y ss.
ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, 2007, pp. 177 y ss.
ARAZI, R.: *La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica*, Buenos Aires, 1998.
ARENS, P.: «Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung», *ZZP*, 88, pp. 1 y ss.
ARISTÓTELES, *Tratados de la lógica (Órganon)*, II, Gredos, Madrid, 2008.
AROSO LINHARES, J.: *Regras de experiencia e liberdade objectiva do juizo de prova*, Coimbra, 1987.
ARTIETA PINEDO, I., y GONZÁLEZ LABRA, M.ª J.: «La toma de decisiones», en GONZÁLEZ LABRA, M.ª J., *Introducción a la psicología del pensamiento*, Madrid, 2005, pp. 369 y ss.

BÄHR, O.: «Die Grenzen der freien Beweistheorie», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. XXV (1887), pp. 394 y ss.
BANACLOCHE PALAO, J.: «Los medios de prueba», *Tribunales de Justicia*, 2000, núm. 5, pp. 559-564 y núm. 6, pp. 697-704.
BARBOSA MOREIRA, J. C.: «O Juiz e a prova», *Revista de Processo*, 1984, núm. 35, pp. 178-200.
BAR-HILLEL, M.: «Studies of representativeness». en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, 1982, pp. 69 y ss.
BARREDA, A.: «Valoración de la pericia médico-legal, *RDProc.*, 1970, núm. 3, pp. 545 y ss.
BAUMBACH, A., y LAUTERBACH, W.: *Zivilprozeßordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*, München, 2002.
BAUMGÄRTEL, G.: «Beweisrechtliche Studien. Beweiswürdigung. Abgrenzung zur Beweislast. Beweismaß», *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, pp. 165 y ss, Köln, 1988.
BECCARIA, C.: *Dei delitti e delle pene*, reed. de ACQUARELLI DE BUSSOLENGO, 1996, de la ed. de 1764.
BEHREND (BORETIUS, A.): *Lex Salica*, Berlin, 1874.
BELING, E.: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*, Breslau, 1903.
BELL, D. E.: «Disappointment in decision making under uncertainty», *Operations Research*, 33, pp. 1 y ss.
— «Regret in decision making under uncertainty», *Operations Research*, 30, pp. 961 y ss.
BENDER, R.; NACK, A., y TREUER, W.-D.: *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München, 2007.
BENDER, R., y NACK, A.: «Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre», *Deutsche Richterzeitung*, 1980, pp. 121 y ss.
BENDIX, L.: *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters*, 1968.
BENTHAM, J.: *Traités de Législation civile et pénale*, 2.ª ed., t. III, Paris, 1820.
— *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada por E. DUMONT y traducida al castellano con comentarios por R. SALAS, t. IV, Madrid, 1822.
— *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823.
— *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. DUMONT, Buenos Aires, 1959.
BENTON, T. R.; ROSS, E.; BRADSHAW, T., y BRADSHAW, G. S.: «Eyewitness memory is still not common sense: comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts», *Applied Cognitive Psychology*, núm. 20, pp. 115 y ss.
BERNHARDT, W.: «Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß», en AAVV, *Beiträge zum Zivilprozeßrecht; Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*, pp. 9 y ss, München, 1949.
BEST, A.: *Evidence*, Boston, 1994.
BETHMANN-HOLLWEG, M. A.: «Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung», t. IV, *Vom fünften bis achten Jahrhundert, Die Staaten der Völkerwanderung*, Bonn, 1868.
BETTERMANN, K. A.: «Hundert Jabre Zivilprozeßordnung. Das Schicksal einer liberalen Kodifikation», *ZZP*, núm. 91 (1978), pp. 365 y ss.
BLACKSTONE, W.: *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, Philadelphia, 1867.
— *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, London, 1836.
— *Commentaires sur les loix angloises*, traduits de l'Anglois par A.-P. DAMIENS DE GOMICOURT sur la quatrieme edition d'Oxford, Bruselas, 1774.
BLOMEYER, A.: «Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Empfiehlt es sich, das Recht der Beweislast und der Beweiswürdigung durch gesetzliche Vorschriften fortzubilden und in welchem Sinne?, *Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag*, München, Berlin, 1966, pp. 44 y ss.

— «Die Umkehr der Beweislast», *AcP*, núm. 158 (1959/1960), pp. 97 y ss.
— *ZivilprozeBrecht; Erkenntnisverfahren*, Berlin, 1985.
Bonatti, L.: «Why should we abandon the Mental Logic Hypothesis?», *Cognition*, 1994, 50, pp. 17 y ss.
Bonet Navarro, Á.: *La prueba de confesión en juicio*, Barcelona, 1979.
Bonet Navarro, J.: *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Madrid, 2009.
Bonnier, E.: *Tratado teórico-práctico de las pruebas en Derecho civil y penal*, trad. Vicente y Caravantes, Madrid, 1869.
Bonorino, P. R.: «Lógica y prueba judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 1999, pp. 15 y ss.
Bornemann, W.: «Soll, was den Beweis in bürgerlichen Streitsachen betrifft, das Urtheil im nach freier richterlicher Ueberzeugung ohne festbindende Beweisregeln erfolgen?, Vortrag von der juristischen Gesellschaft von Berlin», en *Deutsche Gerichtszeitung*, 1861, pp. 345-348; *Deutsche Gerichtszeitung*, 1862, pp. 72-75.
Boschi, M.: «Controllo di legittimità sui vizi di motivazione», *Il Foro Italiano*, Parte V, Roma, 1988, pp. 473 y ss.
Brauer, E.: «Gutachten für den zweiten Deutschen Juristentag über die Frage: Soll, was den Beweis in bürgerlichen Streitsachen betrifft, das Urteil im aligemeinen nach freier richterlicher Uberzeugung obne feste bindende Beweisregeln erfolgen?», en *Verhandlungen des 2. DJT*, Bd. 1, Berlin, 1861, pp. 95 y ss.
Brehm, W.: *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen der freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen, 1982.
Britz, J. W.: «Beschränkungen der freien Beweiswürdigung durch gesetzliche Beweisregeln?», *ZZP*, 110 (1997), pp. 61 y ss.
Brown, G.: *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal: sistemas probatorios. Garantías constitucionales. Análisis jurisprudencial*, Rosario, 2007.
Busch, F. B.: «Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen in Bezug auf den Beweis in Civil- und Strafsachen, und die daraus entstehende Nachteile», *Archiv für die Civilistische Praxis*, núm. 37 (1854), pp. 63 y ss.
Cabañas Garcia, J. C.: *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1992.
— «Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil», *Actualidad Civil*, 1996, núm. 1, pp. 349 y ss.
Calamandrei, P.: «Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti», en *Opere Giuridiche*, vol. 1, pp. 427 y ss.
— «La genesi logica della sentenza civile», en *Opere Giuridiche*, vol. 1, pp. 11 y ss.
— «Verità e verosimiglianza nel processo civile», en *Opere Giuridiche*, V, pp. 615 y ss.
Calvo Sánchez, M.ª del C.: *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional,* Barcelona, 2009.
Calogero, G.: *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937.
Carmignani, G.: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. IV, Pisa, 1832, p. 76.
Carnelutti, F.: «Ancora sulla lite nel processo penale», en *Studi di Diritto Processuale*, Padova, 1939, pp. 53 y ss.
— *La prova civile*, reed. de Milano, 1992 de la ed. de 1947.
— *La prova civile*, reed. de Milano, 1992 de la ed. de 1915.
— «Lite e processo», en *Studi di Diritto Processuale*, Padova, 1939, pp. 21 y ss.
— «Il concetto di lite nel processo penale», en *Studi di Diritto Processuale*, Padova, 1939, pp. 47 y ss.
Carocca Pérez, A.: *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, 1998.
Carreras Llansana, J.: «Facultades materiales de dirección», en Fenech y Carreras, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 259.
— «Las fronteras del Juez», en Fenech y Carreras, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 124.

— «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones», en Fenech y Carreras, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 335 y ss.
Carroll, J. S.: «Causal theories of crime and their effect upon expert parole decisions», en Arkes y Hammond (eds.), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, Cambridge, 1986, pp. 243 y ss.
Cassany, D.: *Tras las líneas*, Barcelona, 2006.
Cattell, J. M.: *Psychometrische Untersuchungen*. Leipzig, 1886.
Cavallone, B.: *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.
Cercas, J., en su obra *Anatomía de un instante*, Barcelona, 2009.
Chiarloni, S.: «La cassazione e le norme», *Riv. di dir. proc. civ.*, 1990, pp. 992 y ss.
— «Processo civile e verità», *Questione Giustizia*, 1987, pp. 504 y ss.
Choo, A. L.-T.: *Evidence*, Oxford, 2009.
Cipriani, F.: «Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)», *Rivista di Diritto processuale civile*, 1995, pp. 969 y ss.
— «Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan», *Rivista di Diritto processuale civile*, 2003, pp. 455 y ss.
Cohen, L. J.: «Can Human Irrationality be experimentally Demonstrated?», *The Behavioral and Brain Sciences*, 1981, 4, pp. 317 y ss.
— *The implications of induction*, London, 1970.
— *The probable and the provable*, Oxford, 1977.
Cohn: «Zur Ideologie des Zivilprozeßrechts», en AAVV, *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, 1965, pp. 31 y ss.
Collins, A. M. y Michalski, R. S.: «The logic of plausible reasoning: a core theory», *Cognitive Science*, 13, pp. 1 y ss.
Conde de la Cañada, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, t. I, 2.ª ed. Valladolid, 1794.
Cortés Domínguez, V.; Damián Moreno, J.; González Granda, P.; Álvarez Sánchez de Movellán, P. y Pérez del Blanco, G.: *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia 2007.
Cortés Domínguez, V.: «Algunos aspectos de la inversión de la carga de la prueba», *RDProc.*, núm. 2-3, 1972, pp. 581 y ss.
Couture, E. J.: *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, Montevideo, 1941.
Cruz Rivero, D.: *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Madrid-Barcelona, 2006.
Damaška, M. R., *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. de F. Cuomo Ulloa a la ed. de 1997 de *Evidence Law adrift*, Bologna, 2003.
Danovi, F.: «Note sulla consulenza psicologica nel processo civile», *Riv. Dir. Pr.*, 2000, núm 3, pp. 808 y ss.
De Hevia Bolaños, J.: *Curia Philípica*, t. I, reimpr. de la edición de Madrid, 1797, Valladolid, 1989.
De la Fuente, I.; Ortega, A.; Martín, I., y Trujillo, H.: «Formal Pattern in Jury Decision Making», en Redondo, Garrido, Pérez y Barberet, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, pp. 192 y ss.
De la Fuente, J.: «El problema de recordar un problema para resolver un problema», *Anuario de Psicología*, 1992, 52, pp. 17 y ss.
De la Fuente, J.; Baíllo, A., y Gabucio, F.: «Interacciones entre similitudes estructurales y superficiales en el proceso de recuperación de análogos», en Carretero, Almaraz y Berrocal (eds.), *Razonamiento y Comprensión*, Madrid, 1995, pp. 219 y ss.
De la Oliva Santos, A. (con Díez-Picazo Giménez): *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2000.
— (con Fernández López, M. A.): *Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, 1991.
— *Jueces imparciales, Fiscales «investigadores», y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.
De Marini, C. M.: *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959.

De Miguel y Romero, M.: «La carga de la prueba civil», *Revista de los Tribunales*, 1930, pp. 417 y ss.
De Paúl, P.: «Models in Jury Decision-making», en Redondo, Garrido, Pérez y Barberet, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, pp. 189 y ss.
De Vicente y Caravantes, J.: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1856.
Denti, V.: *Le prove nel processo civile*, Milano, 1973.
— *Estudios de Derecho probatorio*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948.
— *La verificazione delle prove documentali*, Torino, 1957.
Deppenkemper, *Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis*, 2004.
Devis Echandia, H.: «Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciacion del juzgador», *RDProc.*, 1972, núm. 1, pp. 41 y ss.
— «Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial», *RDProc.*, 1966, núm. 1, pp. 6 y ss.
— «El moderno proceso civil inquisitivo y con la libertad para apreciar las pruebas», *RDProc.*, 1965., núm. 1, pp. 15 y ss.
— *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1970.
— *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, 2002.
Díaz Fuentes, A.: *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2002.
Dimitrius, J.-E., y Mazzarella, M.: *A primera vista, un método práctico para «leer» a la gente*, Barcelona, 1999.
Doak, J., y McGourlay, C.: *Criminal evidence in context*, London-New York, 2009.
Döhring, E.: *La prueba, su práctica y apreciación*, trad. Banzhaf, Buenos Aires, 1964.
Dumont: *Nouveau Style Criminel*, t. I, Paris, 1776.
Dworkin, R.: «Can rights be controversial?», en *Taking rights seriously*, London, 1977, pp. 279 y ss.
— «On interpretation of objectivity», en A matter of principle, Cambridge (Mass), 1985, pp. 171-174.
Eckhardt, K. A.: *Lex Salica, 100 Titel-Text*, Weimar, 1953.
Eckman, P., «Facial expression of emotion; new findings, new questions», *Psychological Science*, núm. 3, pp. 34 y ss.
Edwards, W.; Lindman, H., y Savage, L. J.: «Bayesian Statistical Inference for Psychological Research», *Psychological Review*, 1963, 70, pp. 193 y ss.
Eggleston, R.: *Evidence, Proof and Probability*, London, 1983.
Ehrenzweig, A.: «Die "freie Überzeugung" des Richters», *JW*, 1929, pp. 85 y ss.
Einhorn, H. J., y Hogarth, R. M.: «Decision making: Going forward in reverse», *Harvard Business Review*, 1987, núm. 1, pp. 66 y ss.
— «Judging probable cause», *Psychological Bulletin*, 1986, 99, pp. 3 y ss.
Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, 2006.
Ekelöf, P. O.: «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins», *ZZP*, núm. 75 (1962), pp. 289 y ss.
Endemann, W.: «Der Eid bei freier Beweisführung», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 349 y ss.
— «Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 1 y ss.
— *Die Beweislehre des Civilprozesses*, Heidelberg, 1860.
— «Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41 (1858), pp. 289 y ss.
— «Die freie Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41 (1858), pp. 92 y ss.
— «Die freie Prüfung des Zeugenbeweises», *AcP*, núm. 42 (1859), pp. 246 y ss.
Etxeberría Guridi, J. F.: *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, 2003.
Evans, J. St. B. T., y Lynch, J. S.: «Matching Bias in the Selection Task», *British Journal of Psychology*, 1973, 64, pp. 391 y ss.

EVANS, J. St. B. T., y OVER, D. E.: «Rationalíty in Reasoning: The Problem of Deductive Competence», *Cahiers de Psychologie Cognitive*, 1997, 16 (12), pp. 3 y ss.
EVERS, A.: *Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung*, Freiburg, 1979.
FAIRÉN GUILLÉN, «De los "hechos" al "derecho". Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995», *RDProc.*, núm. 2, 1997, p. 359.
FALKENSTEIN, A.: *Die Neusumerischen Gerichtsurkunden*, München, 1956.
FARIÑA, F.; NOVO, M., y ARCE, R.: «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», *Psicothema*, 14 (1), 2002, pp. 39 y ss.
FASCHING, H. W.: *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien, 1990.
FAZZALARI, E.: *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1992.
FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *La carga de la prueba y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, 2001, pp. 1862 y ss.
FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón,* Madrid, 2006.
FERRER BELTRÁN, J.: *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.
— *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid, 2005.
FEUERBACH, P. J. A.: «Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht», Landshut, 1813, pp. 33-34.
FINKELSTEIN, M. O., y FAIRLEY, W. B.: «A comment on «Trial by Mathematics», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1801 y ss.
— «A Bayesian Approach to identification evidence», *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, pp. 489 y ss.
— *A Bayesian Approach*, cit., pp. 498-499.
FINKELSTEIN, M. O.: *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*, New York, 2009.
FISCHHOFF, B.; SLOVIC, P., y LICHTENSTEIN, S.: «Knowing with certainty: the appropiateness of extreme confidence», *Journal of experimental psychology: Human perception and Performance*, 20, pp. 552 y ss.
FISCHHOFF, B.: «Hindsight = Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty», *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975, 1, 3, pp. 288 y ss.
FITTING, H.: «Die Grundlagen der Beweislast», *ZZP*, núm. 13 (1889), pp. 1 y ss.
FLORES GARCÍA, F.: «Algunos aspectos de la organización judicial azteca», en *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho mexicano (1980)*, México, 1981, pp. 33 y ss.
FONSECA ANDRADE, M.: *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, Curitiba, 2008.
FONT SERRA, E.: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2000, p. 183.
— *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona, 1974, p. 215.
FORASTER SERRA, M., y ARTES MORATA, J.: «Valor procesal de la prueba pericial grafológica», *La Ley*, 1989, núm. 2, pp. 1051 y ss.
FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, trad. LYNCH de la ed. de Río de Janeiro, 1978, Barcelona, 1996.
FUENTEMILLA, L.; CÁMARA, E.; MÜNTE, T. F.; KRAMER, U. M.; CUNILLERA, T.; MARCO-PALLARES, J.; TEMPELMANN, C., y RODRÍGUEZ-FORNELLS, A., «Individual Differences in True and False Memory Retrieval are related to White Matter Brain Microstructure», *Journal of Neuroscience*, julio 2009, 29, pp. 8698 y ss.
— *Fuero Juzgo*, ed. realizada por la Real Academia Española en Madrid, 1815, reedición facsímil de Valladolid, 1990.
FURGIULE, A.: *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007.
FURNO, C.: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940.
GARBERÍ LLOBREGAT, J.: «¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente», *La Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1823 y ss.
— *Introducción al nuevo proceso civil*, Valencia, 2002.

García Casas, J.: «La valoración conjunta de la prueba», *Tribunales de Justicia*, 2002, 7, pp. 9 y ss.
Garciandía González, P. M.ª: *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Pamplona, 1999, p. 265.
Garnham, A., y Oakhill, J.: *Manual de psicología del pensamiento*, Barcelona, 1996.
Garraud, R. *Théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1907.
Garrido Martín, E., y Herrero Alonso, C.: «Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theoty of Anchoring by Tversky and Kahneman», en Redondo, Garrido, Pérez y Barberet, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, pp. 215 y ss.
Gascón Abellán, M.: *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, 2004.
Gascón Inchausti, F.: *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Valencia, 1999.
Gehrlein: «Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO. Erstinstanzliches Verfahren und Berufung», *MDR*, 2003, pp. 421 y ss.
Gentner, D., y Collins, A.: «Studies of inference from lack of knowledge», *Memory & Cognition*, 1981, vol. 9 (4), pp. 434 y ss.
Gigerenzer, G.; Hoffrage, U., y Kleinbölting, H.: «Probabilistic Mental Models: A Brunswikian Theory of Confidence», *Psychological Review*, 1991, 98, 4, pp. 506 y ss.
Gigerenzer, G., y Hoffrage, U.: «How to improve Bayesian Reasoning without Instruction: Frequency Formats», *Psycological Review*, 1995, 102, pp. 684 y ss.
Gigerenzer, G.: «From Tools to Theories: A Heuristic of Discovery in Cognitive Psychology», *Psychological Review*, 1991, 98, 2, pp. 254 y ss.
Gilovich, T.: «Seeing the Past in the Present: The Effect of Associations to Familiar Events on Judgments and Decisions», *Journal of Personality and Social Psychology*, 1981, 40, 5, pp. 797 y ss.
Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2007.
— *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2007.
Gneist, R.: *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*, Berlin, 1849.
Goldschmidt, J.: *Der Prozeß als Rechtslage; Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.
Gómez Colomer, J. L. (con Montero y otros): *Derecho Jurisdiccional*, II, Valencia, 2002.
Gómez de la Serna, P., y Montalbán, J. M.: *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, Madrid, 1861.
Gómez de Liaño González, F.: «Notas sobre la instrucción y el fallo en el enjuiciamiento penal (Comentario a la STC de 12 de julio de 1988)», *La Ley*, octubre de 1988, p. 6.
Gómez Negro, L.: *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1838.
Gómez Orbaneja, E.: *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, Madrid, 1976.
González Sánchez, J. L.: «La Prueba de los contratos electrónicos», en AAVV, *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, t. I, Madrid, 2004, pp. 939 y ss.
Gopnik, A.: «How we know our minds: the illusion of first person knowledge of intentionality», *Behavioral and brain Sciences*, 16, pp. 1 y ss.
Gorphe, F.: *La apreciación judicial de las pruebas*, trad. de L. Alcalá-Zamora Castillo de *L'appreciation des preuves en justice*, Buenos Aires, 2007.
— *La critique du témoignage*, Paris, 1924. Hay traducción española (*la crítica del testimonio*) de ed. Reus, Madrid, 2003 (2.ª reimpresión de la sexta edición).
Greger, R.: *Beweis und Wahrscheinlichkeit, Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen*, Erlangen-Nürenberg, 1978.
Griffin, D., y Tversky, A., «The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence», *Cognitive Psychology*, 1992, 24, pp. 411 y ss.
Grimm, J., y Grimm, W.: *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig: S. Hirzel, 1854-1960.

GROSS, H.: *Criminalpsychologie*, Graz, 1898.
GUASCH FERNÁNDEZ, S.: *El hecho y el Derecho en la casación civil*, Barcelona, 1998.
GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.: «La valoración de la prueba penal», en AAVV, *Escritos en Homenaje al Profesor Prieto-Castro*, t. II, Madrid, 1979, pp. 95 y ss.
GUZMÁN, C. A.: *Manual de Criminalística*, Buenos Aires, 1997.
HAGERT, G.: «Modeling Mental Models: Experiments in Cognitive Modeling of Spatial Reasoning», en O'SHEA (ed.), *Advances in artificial intelligence*, Amsterdam, 1984.
HALL, K. A.: *Die Lehre vom corpus delicti*, Stuttgart, 1933.
HANSEN, U.: «Der Indizienbeweis», *JuS*, 1992, pp. 327 y ss.
HASTIE, R.: *Lessons from legal decision making about small group and individual decision making*, III Congreso Nacional de Psicología Social, Santiago de Compostela, 1990.
HEATH, F., y TVERSKY, A.: «Preference and Belief: Ambiguity and Competence in Choice under Uncertainty», *Journal of Risk and Uncertainty*, 1991, 4, pp. 5 y ss.
HEESCHER, H.-D.: *Untersuchungen zum Merkrnal der freien Überzeugung in § 286 ZPO und § 261 StPO. Versuch einer Neubestimmung*, Münster, 1974.
HELIE, F.: *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866.
HENKE, H.-E.: «Rechtsfrage oder Tatfrage-eine Frage ohne Antwort?», *ZZP*, 81. Band, Heft. 3-4, 1968, p. 374.
HERDEGEN, G.: «Bemerkungen zur Beweiswürdigung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 5, 1987, pp. 193 y ss.
— *Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision*, Baden-Baden, 1995.
— «Die Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen durch das Revisionsgericht auf Grund der Sachrüge», *StrV*, 11/1992, pp. 527 y ss.
— «Grundfragen der Beweiswürdigung», en *Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins: Die revisionsrechtliche Rechtssprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofes*, 1986, pp. 106 y ss.
HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, 2005.
HEUSLER, A.: «Die Grundlagen des Beweisrechts», *AcP*, núm. 62 (1879), pp. 209 y ss.
HÖCHERL, H.: «Die richterliche Überzeugung», en AAVV, *Festgabe für Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Heidelberg, 1984, pp. 17 y ss.
HOGARTH, R. M.: *Educar la intuición. El desarrollo del sexto sentido*, Barcelona, 2002.
HOLYOAK, K., y SPELLMAN, B.: «Thinking», *Annual Review of Psychology*, 1993, 44, pp. 265 y ss.
HÜLSHOFF, T.: *Emotionen*, München, 2006.
HUMMEL: «Mathematische Logistik der Beweisaufnahme und der richterlichen Urteilsbildung», *Vortrag bei der Deutschen Richterakademie*, Trier, 1986 (publicado por BIOTEST AG, Dreieich).
HUXLEY, *Evidence. The fundamentals*, London, 2008.
IACOVIELLO, F. M.: *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997.
IBABE EROSTARBE, I.: *Psicología del testimonio*, Donostia, 2000.
IBÁÑEZ PEINADO, *Psicología e investigación criminal: el testimonio*, Madrid, 2009.
IGARTUA SALAVERRÍA, J.: «Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)», *La Ley*, 2-11-2007.
— *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995.
JAKOB, R.: «Is the judge's role to be reformulated? A socio-psychological approach to Office and Practice», en REDONDO, GARRIDO, PÉREZ y BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, pp. 236 y ss.
JARKE, «Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen», *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1826, pp. 102-103.
JAUERNIG, O.: *Zivilprozeßrecht*, München, 2007.
JAUMAR Y CARRERA, J.: *Práctica forense*, Barcelona, 1840.

JIMÉNEZ CONDE, F.: *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Madrid, 2007.
— «La apreciación conjunta de las pruebas», en AAVV, *Escritos en Homenaje al Profesor Prieto-Castro*, t. II, Madrid, 1979, pp. 207 y ss.
— *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978.
JOHNSON-LAIRD, P. N., y BYRNE: *Deduction*, London, 1991.
JOHNSON-LAIRD, P. N., y SAVARY, F.: «Illusory inferences about probabilities», *Acta Psychologica*, 1996, 93, pp. 69 y ss.
JOHNSON-LAIRD, P. N., y STEEDMAN, M. J.: «The Psychology of Syllogisms», *Cognitive Psychology*, 1978, 10, pp. 64 y ss.
JOHNSON-LAIRD, P. N.: «Mental Models and Probabilistic Thinking», *Cognition*, 1994, 50, pp. 189 y ss.
KAHNEMAN, D.; SLOVIC, P., y TVERSKY, A.: *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982.
KAHNEMAN, D., y TVERSKY, A.: «Choices, values and frames», *American Psychologist*, 1984, 39, pp. 341 y ss.
— «On the Psychology of Prediction», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 48 y ss.
— «On the reality of cognitive illusions: A reply to Gigerenzer's critique», *Psychological Review*, 1996, núm. 103, pp. 582 y ss.
— «On the study of statistical intuitions», *Cognition*, 1982, 11, pp. 123 y ss.
— «Prospect theory: an analysis of decision making under risk», *Econometrica*, 1979, 47, pp. 263 y ss.
— «Subjective probability: A judgment of representativeness», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 33 y ss.
— «The simulation heuristic», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 201 y ss.
— «Variants of uncertainty», *Cognition*, 11 (1982), pp. 143 y ss.
KANT, I.: *Kritik der reinen Vernunft*, reimpr. de la 2.ª ed. de 1787, Berlin, 1950.
KASER, M., y HACKL, K.: *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996.
KEANE, A.: *The modern law of evidence*, London, 2000.
KLAMI, H. T.; GRÄNS, M. y SORVETTULA, J.: *Law and truth: a theory of evidence*, Helsinki, 2000. *K230.K53 L39, 2000 UPF*.
KLEIN, G.: *Sources of power: How people make decisions*, Cambridge, 1998.
KLEINKNECHT, T.; MEYER, K., y MEYER-GOSSNER, L.: *Strafprozeßordnung*, München, 1995.
KOCH, H. J., y RÜSSMANN, H.: *Juristische Begründungslehre*, München, 1982.
KOCHER, E.: «Für eine Gleichbehandlung von Parteien und Zeugen. Zum Beweis des Inhalts eines Vier-Augen-Gesprächs», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 23/2003, pp. 1314 y ss.
KOEHLER, D. J.: «Explanation, Imagination and Confidence in Judgment», *Psychological Bulletin*, 1991, 110, 3, pp. 499 y ss.
KOHLER, J.: «Beiträge zur Lehre von den Ordalien», *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, 5, pp. 681-682 y 6, pp. 365-372.
— *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen: Text, Erläuterung, Geschichte*, reed. de 1968.
— «Studien über die Ordalien der Naturvölker», *Zeitschrift für vergleichenden Rechtswissenschaft*, 5 (1884), pp. 368 a 376.
— «Über das Recht in Afrika», en BECHMANN y SENDEL, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Neue Folge, t. XII, der ganzen Folge, t. XXXI, München, 1889, pp. 90 y ss.
KOLLHOSSER, H.: «Anscheinsbeweis und die freie richterliche Beweiswürdigung», *AcP*, núm. 165 (1965), pp. 46 y ss.
KROLL, W.: *Über die Beweiswürdigung im Civilprozeß, mit besonderer Berücksichtigung auf das Preußischen Recht*, Leipzig, 1862.

KÜHNE, H.-H.: *Strafprozeßrecht*, Heidelberg, 1999.
KÜPER, W.: «Historische Bemerkungen zur «freien Beweiswürdigung» im Strafprozeß», en AAVV, *Festgabe für Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Heidelberg, 1984, pp. 23 y ss.
LARA PEINADO, F.: *Código de Hammurabi*, Madrid, 1997.
LASERRA: *La prova civile*, Napoli, 1957.
LAUKKANEN, S.: «The Law of Evidence in the Finnish Judicial System», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, p. 120.
LE BRUN DE LA ROCHETTE, C.: *Les Procez civil et criminel*, Rouen 1647.
LEIPOLD, D.: «Comentario al § 286 ZPO», en STEIN y JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Tübingen, 1997», pp. 513 y ss.
— «Wahrheit und Beweis im Zivilprozeß», *FS Nakamura*, 1996, pp. 301 y ss.
LEITER, B.: *Naturalizing jurisprudence*, Oxford (Mass.), 2007.
LENT, F.: *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. de la 9.ª ed. de München, 1959 de *Zivilprozeßrecht*, 1962.
LESSONA, C.: *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, Parte General, trad. de E. AGUILERA DE PAZ, Madrid, 1928, p. 355.
LÉVY-BRUHL, H.: *La preuve judiciaire*, Paris, 1964.
LINDELL, B.: «Evidence in Sweden», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, p. 427.
LITZMANN: «Ist es wirklich wünschenswerth, daß die Beweistheorie auch für sämmtliche Civilstreitigkeiten aufgehoben werde und der Richter nach freier, aus dem Inbegriff der Verhandlungen geschöpfter Ueberzeugung urteilt?», *Deutsche Gerichtszeitung*, 1861, pp. 293-294.
LO CASCIO, V.: *Gramática de la argumentación* (trad. CASACUBERTA), Madrid, 1998.
LÖBELL: «Nochmals die Beweis-Theorie!», *Deutsche Gerichtszeitung*, 1861, pp. 309 -310.
LOCKSLEY, A., y STANGOR, C.: «Why versus How Often: Causal Reasoning and the Incidence of Judgmental Bias», *Journal of Experimental Social Psychology*, 1984, 20, pp. 470 y ss.
LOMBARDO, L. G.: «Appunti sulle origine e sulle prospettive del libero convincimento», en *Diritto e Giurisprudenza*, 1992, pp. 17 y ss.
— «Riflessioni sull'attualità della prova legale», *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1992, pp. 611 y ss.
LOMBROSO, C.: *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*, Torino, 1893.
— «La psicologia dei testimoni nei processi penali», *Scuola positiva*, XV, septiembre-octubre 1905.
LÓPEZ CALVO, P., y GÓMEZ SILVA, P.: *Investigación Criminal y Criminalística*, Bogotá, 2000.
LÓPEZ YAGÜES, V.: *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2005, p. 37.
LOZANO, J.; PEÑA-MARÍN, C., y ABRIL, G.: *Análisis del discurso*, Madrid, 2007.
LÜKE, W.: *Zivilprozessrecht*, München, 2006.
MALINOWSKI, B.: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, 1982.
MANRESA NAVARRO, J. M.ª: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Madrid, 1883.
MANSI, J. D.: *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 22, Graz, 1961, pp. 1007 y ss.
MANZANERO, A. L.: *Psicología del testimonio*, Madrid, 2008.
MARTÍN OSTOS, J. S.: *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil español*, Madrid, 1981.

MASIP, J., y GARRIDO, E.: «La obtención de información mediante el interrogatorio del sospechoso», en AAVV (coords. GARRIDO, MASIP y HERRERO), *Psicología jurídica*, Madrid, 2008, pp. 339 y ss.

— «La obtención de información mediante entrevistas», en *op. cit*,. pp. 381 y ss.

MASIP, J.; GERNÁN, A., y HERRERO, C.: «Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal», en AAVV (coords. GARRIDO, MASIP y HERRERO), *Psicología jurídica*, Madrid, 2008, pp. 475 y ss.

MAZZARELLA, F.: «"Fatto e diritto" in Cassazione», *RTDPCIt*, 1974, pp. 82 y ss.

MCGRATH, D.: «Irish report on Evidence», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, p. 250.

MEURER, D.: «Beweis und Beweisregeln im Deutschen Strafprozeß», *FS Oehler*, 1985, pp. 357 y ss.

— «Beweiserhebung und Beweiswürdigung», *GS Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 947 y ss.

— «Beweiswürdigung, Überzeugung und Wahrscheinlichkeit», *FS Tröndle*, 1989, pp. 533 y ss.

— «Beweiswürdigung und Strafurteil», *FS Hildebert Kirchner*, 1985, pp. 249 y ss.

MICHELI, G. A.: *La carga de la prueba*, trad. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1970.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: «El estándar constitucional de suficiencia en la motivación fáctica de las sentencias y la valoración de la totalidad de las pruebas», *La Ley*, núm. 7241, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 septiembre de 2009.

— *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

— *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997.

— «Las presunciones», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, t. II, Barcelona, 2000, pp. 511 y ss.

MITTERMAIER, C. J. A.: «Die Fortschritte der Gesetzgebung in Bezug auf bürgerliches Verfahren mit Darstellung der neuesten Gesetzgebungsarbeiten für Weimar und Schwarzburg, für Altenburg, Anhalt und den Kanton Aargau», *AcP*, núm. 36 (1853), p. 138.

— *Tratado de la prueba en materia criminal* (trad. de «Die Lehre von Beweise im Deutschen Strafprozesse, 1834»), Madrid, 2004.

— *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1959.

— *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, Darmstadt, 1834, p. 66.

MONTELEONE, G.: «Principi e ideologia del processo civile: impressioni di un "revisionista"», *Rivista di Diritto processuale civile*, 2003, pp. 575 y ss.

— «Intorno al concetto di verità "materiale" o "oggettiva" nel processo civile», *Rivista di Diritto processuale civile*, 2009, pp. 1 y ss.

MONTERO AROCA, J. (coord.): *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006.

— «El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria», en AAVV (coord. MONTERO), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006, p. 159.

— *La prueba en el proceso civil*, Cizur Menor, 2005.

— «Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba», en *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, pp. 329 y ss.

— *Proceso (civil y penal) y garantía*, Valencia, 2006.

— *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999.

MONTIEL SOSA, J.: *Manual de Criminalística*, México, 1986.

MONTÓN REDONDO, A.: «Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios», *RDProc.*, 1978, núms. 2-3, pp. 381 y ss.

MOUGENOT, D.: «La preuve en Droit belge», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, pp. 69 y ss.

MUELLER, C. B., y KIRKPATRICK, L. C.: *Evidence*, New York, 2003.
MUNDAY, R.: *Evidence*, London, 2001.
MÜNSTERBERG, H.: *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*, New York, 1908.
MUÑOZ ROJAS, T.: «Una síntesis del proceso penal abreviado (LO 7/1988)», *Actualidad Penal*, 1989, pp. 2142-2143.
MUÑOZ SABATÉ, L.: *Introducción a la probática*, Barcelona, 2007.
— «La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil», *La Ley*, núm. 3355, septiembre 1993.
— *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, Madrid, 2008.
— *Técnica probatoria*, 3.ª ed., Barcelona, 1993
— *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967.
— *Tratado de probática judicial*, Barcelona, 1992.
MURPHY, P.: *Murphy on evidence*, Oxford, 2005.
MUSIELAK, H.-J., y STADLER, M.: *Grundfragen des Beweisrechts*, München, 1984.
MUSIELAK, H.-J.: *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Berlin, 1975.
MYERS, D. G.: «*Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de G. SOLANA de *Intuition: its power and perils*, New Haven y London, 2002, Barcelona, 2003.
NACK, A.: «Der lndizienbeweis», *MDR*, 5, 1986, pp. 366 y ss.
— «Indizienbeweisführung und Denkgesetze», *NJW*, 1983, pp. 1035 y ss.
— «Revisibilität der Beweiswürdigung», *StV*, 2002, pp. 510 y 558.
NAGEL, H.: *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß*, Baden-Baden, 1967.
NĘCKA, E.; STOCKI, R., y WOLSKI, P., «How does a Knight know which Frog is to be kissed?, Intelligence, Creativity, and Analogical Reasoning with Metaphorical and Odd Concepts», *Personality and Individual Differences*, 1990, 11 (2), pp. 101 y ss.
NEIGEBAUR, J. F.: *Edicta regum langobardorum*, Munich, 1855.
NEIL, E. L.: *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlin, 1983.
NESSON, «Reasonable doubt and permissive inferences: the value of complexity», *Harvard Law Review*, vol. 92 (1979), pp. 1187 y ss.
NEUMANN, U.: «Die Abgrenzung von Rechtsfrage und Tatfrage und das Problem des Revisionsgerichtlichen Augenscheinsbeweises», *GA*, 1988, p. 387.
NEWSTEAD, S. E., y EVANS, J. St. B. T.: «Mental Models as an Explanation of Belief Bias Effects in Syllogistic Reasoning», *Cognition*, 1993, 46, pp. 93 y ss.
NEWSTEAD, S. E.; POLLARD, P.; EVANS, J. St. B. T., y ALLEN, J. L.: «The Source of Belief Bias in Syllogistic Reasoning», *Cognition*, 1992, 45, pp. 257 y ss.
NIETHAMMER, E.: «Die richterliche Überzeugung als Unterlage des Strafurteils», *DRiZ*, 1934, pp. 6 y ss.
— «Prozessuale Mittel zur Feststellung der objektiven Wahrheit im sozialistische Zivilprozeß», en *Staat und Recht*, 1954, pp. 345 y ss.
NIEVA FENOLL, J.; VIVES REGO, J., y CORCOY BIDASOLO, M.: «Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente», en *Jurisdicción y proceso*, Madrid, 2009, p. 412.
NIEVA FENOLL, J.: «Práctica y valoración de la prueba documental multimedia», *Actualidad Civil*, octubre 2009, núm. 17, pp. 2026 y ss.
— «El "último" proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación)», en *Jurisdicción y proceso*, Madrid, 2009, pp. 167 y ss.
— *El hecho y el Derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000.
— «El primer escrito judicial de Hispania: reflexiones de Derecho Procesal sobre el Bronce II de Botorrita o *Tabula contrebiensis*», en *Jurisdicción y proceso*, Madrid, 2009, pp. 147 y ss.
— «El proceso jurisdiccional catalán entre 1714 y 1835. Breve reseña histórica», *Justicia*, 2005, pp. 45 y ss.
— *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2003.

— *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona, 1998.
— «Imprecisiones privatistas de la Ciencia jurisdiccional», *Justicia*, 2008, núms. 3-4, p. 333.
— *La incoación de la instrucción penal*, Barcelona, 2001.
— «La prueba en documento multimedia», en *Jurisdicción y proceso*, Barcelona, 2009, pp. 305 y ss.
— *Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión*, XXX Congreso colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2009, pp. 1035 y ss.
Nisbett, R.; Krantz, D. H.; Jepson, D., y Kunda, Z., «The Use of Statistical Heuristics in Everyday Reasoning», *Psychological Review*, 1983, 90, pp. 339 y ss.
Nisbett, R., y Ross, L.: «Human Inference. Strategies and Shortcomings of Social Judgement», *Englewood Cliffs, NJ*: Prentice Hall, 1980.
Nisbett, R. E.; Borgida, E.; Crandall, R., y Reed, H., «Popular Induction: Information is not Necessarily Informative», en Kahneman, Slovic y Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 101 y ss.
Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.
— «Nouve polemiche sulle cosidette "massime d'esperienza"», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 123 y ss.
Nörr, K. W.: *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967.
Núñez Lagos, R.: «Tópicos jurídicos», *Revista de Derecho Notarial*, 1954, IV, pp. 53 y ss.
Oakhill, J.; Johnson-Laird, P. N., y Garnham, A., «Believability and syllogistic reasoning», *Cognition*, 31, pp. 117 y ss.
Oakhill, J., y Garnham, A.: «On theories of belief bias in syllogistic reasoning», *Cognition*, 46 (1993), pp. 87 y ss.
Onecha Santamaria, C.: «Los medios de prueba y la conviccion judicial», *RDProc.*, 1980, núm. 1, pp. 259 y ss.
— «Valoración de la prueba en el proceso civil», *Pretor*, 1971, núm. 63, pp. 349 y ss.
Ordoño Artés, C.: *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, Madrid, 1987.
Orfanides, G.: «Das Beweisrecht in Griechenland», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, pp. 217-218.
Ortego Pérez, F.: «Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (interpretación jurisprudencial del *ius tacendi*)», *Diario La Ley*, núm. 6418, 9-2-2006.
Ortells Ramos, *Derecho Procesal civil*, Cizur Menor, 2007.
Ortiz De Zúñiga, M.: *Práctica general forense*, Madrid, 1856.
Oteiza, E.: «La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar, en AAVV (coord. Oteiza), *La prueba en el proceso judicial*, Buenos Aires, 2009, pp. 193 y ss.
Otto, H.: «Möglichkeiten und Grenzen der Revision in Strafsachen», *NJW*, 31, de enero de 1978, p. 7.
Pacheco, F. de A.: *La ley del jurado*, Madrid, 1888.
Parra Quijano, J.: *Manual de derecho probatorio*, Santa Fe de Bogotá, 1998.
— *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004.
— *Tratado de la prueba judicial*, Santa Fe de Bogotá, 1984.
Pastor Borgoñón, B.: «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Justicia*, 1986, núm. II, pp. 337 y ss.
Pastor López, M.: «El sumario: Su función y naturaleza jurídica», *RDProc.*, 1965, pp. 93 y ss.
Patermann, C.: *Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre*, Bonn, 1970.

PATETTA, F.: *Le ordalie*, Torino, 1890.
PATTERSON, D. M.: *Law and truth*, Oxford, 1996. K230.P38 L39, 1996.
PATTI, S.: «Libero convincimento e valutazione delle prove», *Riv. Dir. Proc.*, 1985, pp. 481 y ss.
PEDRAZ PENALVA: «Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración», *RGD*, 1993, núms. 586-587, pp. 7223 y ss.
PEGUERA, L.: *Praxis civilis*, Barcelona, 1674.
PENNINGTON, N., y HASTIE, R.: «Reasoning in explanation based decision making», *Cognition*, 1993, 49, pp. 123 y ss.
PEÑA JUMPA, A.: «El poder judicial comunal aymara», en PEÑA JUMPA, A.; CABEDO MALLOL, V., y LÓPEZ BÁRCENAS, F.: *Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América*, Lima, 2002, pp. 362 y ss.
PERBAND, M. G.: *Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Zivilprozess (§ 286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Frankfurt am Main, 2003.
PERDRIAU, A.: «Controle logique de la motivation», *Juris-Classeurs*, Procedure Civile, fasc. 790, 9, 1991.
PÉREZ BUSTAMANTE, R.: «El crimen de Cuenca»: un enorme error judicial», *Abogacía Española*, núm. 38, 2006, pp. 56-57.
PERROT, R.: *Institutions judiciaires*, Paris, 1995.
PETERS, C.: *Strafprozeß*, Heidelberg, 1985.
PEYRANO, J. W.: «Carga de la prueba. Las razones que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios», en AAVV (coord. OTEIZA), *La prueba en el proceso judicial*, Buenos Aires, 2009, pp. 209 y ss.
PICHOT, P.: *DSM-IV. Breviario. Criterios diagnósticos*, Barcelona, 2001, pp. 173 y ss.
PICÓ JUNOY, J.: «El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en *Proceso civil e idología*, cit., p. 125.
— *El Juez y la prueba*, Barcelona, 2007.
— *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona, 2001.
PISANI, M.: «Riflessioni sul tema del «ragionevole dubbio», *Rivista italiana di Diritto Penale*, 2001, pp. 1243 y ss.
PISTOLESE, G. R.: *La prova civile per presunzioni e le considette maxime d'esperienza*, Padova, 1935.
PLANCHADELL GARGALLO, A.: «Valoración de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Tribunales de Justicia*, núm. 7, 2000, pp. 777 y ss.
PLANTIN, C.: *La argumentación* (trad. TUSÓN VALLS), Barcelona, 2008.
POLLARD, P.: «Human Reasoning: Some Possible effects of Availability», *Cognition*, 1982, 12, pp. 65 y ss.
POSNER, R. A.: *How judges think*, Cambridge (Massachusetts), 2008.
POTHIER, R. J.: *Traité des obligations*, Paris, 1764.
PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I. Pamplona, 1985.
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1974, vol. 1.
PROTO PISANI, A.: «Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione», *Il Foro Italiano*, Parte V, Roma, 1988, pp. 26 y ss.
PRÜTTING, H.: «Comentario al § 286 ZPO», en AAVV, *Münchener Kommentar ZPO*, München, 2000, pp. 1.775 y ss.
PUNZÓN MORALEDA, J., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F.: «Reflexiones en torno al documento electrónico y la firma electrónica», *Diario La Ley*, núm. 6986, 10-7-2008.
RABELAIS, F.: *Faits et dits du Géant Gargantua et de son fils Pantagruel*, 1732, cap. 37, pp. 252 y ss.
RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978.
— *Enjuiciamiento civil*, Barcelona, 2008.

REINECKE, G.: «Die Krise der freien Beweiswürdigung im Zivilprozeß oder über die Schwierigkeit, einem Zeugen nicht zu glauben», *MDR*, 1986, pp. 630 y ss.
REYES CALDERÓN, J. A.: *Tratado de Criminalística*, México, 1998.
RICCI, G. E., *Tratado de las pruebas*, Madrid, s f.
RIVERA MORALES, R.: *Las pruebas en el Derecho venezolano*, Barquisimeto, 2009.
ROBERTSON y VIGNAUX, *Interpreting evidence*, 1995.
RODRIGO, M. J.; DE VEGA, M., y CASTAÑEDA, J., «Updating Mental Models in Predictive Reasoning», *European journal of Cognitive Psychology*, 1992, 4, pp. 141 y ss.
RODRÍGUEZ ESPEJO, J.: «La dinámica de la libre apreciación de la prueba en la jurisdicción civil», *RDProc.*, 1958, núm. 4, pp. 375 y ss.
RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «¿El Juez de instrucción es inconstitucional?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 261 (19-9-1996), p. 4.
ROSENBERG, L.; SCHWAB, K. H., y GOTTWALD, P.: *Zivilprozeßrecht*, München, 2004.
ROSENBERG, L.: *Die Beweislast*, Berlin, 1923.
— *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, Berlin, 1929.
RUHWANDL, «Über Beweiswürdigungsregeln», *Deutsche Gerichtszeitung*, 1861, pp. 277-278.
RUIZ VADILLO, E.: «La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española», *La Ley*, 1996, t. VI, p. 1641.
RÜSSMANN, «Zur Mathematik des Zeugenbeweises», *FS Nagel*, 1987, pp. 329 y ss.
SACKEN, F.: «Gutachten für den vierten Deutschen Juristentag über die Frage: Soll, was den Beweis in bürgerlichen Streitsachen betrifft, das Urteil im aligemeinen nach freier richterlicher Überzeugung ohne feste bindende Beweisregeln erfolgen?», en *Verhandlungen des 4. DJT*, Bd. 1, Berlin, 1863, pp. 116 y ss.
SAKS, M. J., y HASTIE, R.: «Social psychology in court: The judge», en ARKES y HAMMOND (eds.), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, Cambridge, 1986, pp. 255 y ss.
SAKS, M. J., y KIDD, R. F.: «Human information processing and adjudication: Trial by heuristics», en ARKES y HAMMOND (eds.), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, Cambridge, 1986, pp. 213 y ss.
SÁNCHEZ GARCÍA, T.: «Valoración de la prueba pericial», *Poder Judicial*, núm. especial VII, 1986, pp. 67 y ss.
SANCHÍS CRESPO, C.: *La prueba por soportes informáticos*, Valencia, 1999.
— «Una reflexión acerca de la eficacia probatoria del soporte informatico de escritura en el Anteproyecto de LEC», en AAVV, *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998, pp. 275 y ss.
SANTPONS BARBA, I.; MARTÍ DE EIXALÀ, R., y FERRER SUBIRANA, J.: *Las siete Partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, Barcelona, 1844.
SATTA, S.: «Il formalismo nel processo», *RTDPCIt*, 1958, pp. 1154.
— «Passato e avvenire della Cassazione», *Riv. T. Dir. Proc. Civ.*, 1962, p. 958.
SCANZONI, G.: «Darf der Strafrichter trotz Zweifel schuldig sprechen? (Der "Fall Maurizius" und das Reichsgericht)», *JW*, 1928, pp. 2181-2183.
SCHAUER, F.: *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Massachusetts, 2003.
SCHERER, I.: *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung* («Prozessrechtliche Abhandlungen», Bd. 101), Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1996.
SCHMIDT-HIEBER, W.: «Grunlagen der Strafrechtlichen Revision», *Jus*, 1988/9, pp. 710 y ss.
SCHMITT, B.: *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, Lübeck, 1992.
SCHNEIDER, E.: *Beweis und Beweiswürdigung: unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses*, München, 1994.
SCHWEIZER: *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005.
SEBBA, J.: «Die richterliche Überzeugung; Ein Beitrag zur Lehre vom Beweis», *ZZP*, núm. 37 (1908), pp. 63 y ss.
SENTÍS MELENDO, S.: «La prueba es libertad», en *La prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*, Buenos Aires, 1979, pp. 9 y ss.

— «Valoración de la prueba, en *La prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*, Buenos Aires, 1979, pp. 239 y ss.
SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Confesión y juramento decisorio», en *Estudios de Derecho probatorio*, Lima, 2009, p. 294.
— «Del recurso de casación», *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, p. 843 y ss.
— «El jucio jurisdiccional», *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 63 y ss.
— «El juicio oral», en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 767-768.
— «El Ministerio Fiscal», *RDProc.*, 1979, pp. 644-645.
— «Jurisdicción», *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 35 y ss.
— «La instrucción en los procesos penal y civil: el sumario», en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 720.
— «Comentario al art. 1.243», en AAVV (dir. ALBALADEJO), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1991, p. 537.
— «Contribución al estudio de la prueba», en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 355 y ss.
— «De la prueba de las obligaciones», en AAVV (dir. ALBALADEJO), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1991, pp. 1 y ss.
— «Liberalización y socialización del proceso civil, *RDProc.*, 1972, p. 520.
— *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*; Barcelona, 1963.
— «Prueba documental», en *Estudios de Derecho probatorio*, Lima, 2009, pp. 239 y ss.
— «Prueba pericial», en *Estudios de Derecho probatorio*, Lima, 2009, pp. 531 y ss.
— «Reconocimiento judicial», en *Estudios de Derecho probatorio*, Lima, 2009, pp. 546 y ss.
SHERMAN, S. J., y CORTY, E.: «Cognitive Heuristics», en WYER y SRULL (eds.), *Handbook of Social Cognition*, vol. 1. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1985, pp. 189 y ss.
SIEGRIST, E.: *Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses*, Bern, 1938.
SILBERSCHLAG, C.: «Die Beweisführung im Civilprozesse und im Criminalprozeß; Formelle und materielle Wahrheit. Beweisregeln und freie subjective Ueberzeugung des Richters», *Deutsche Gerichtszeitung*, 1861, pp. 253-254.
SILVA MELERO, V.: «Presunciones e indicios en el proceso penal», *RGLJ*, 1944, pp. 526 y ss.
— *La prueba procesal*, Madrid, 1963.
SLOVIC, P.; LICHTENSTEIN, S., y FISCHHOFF, B.: «Decision Making», en ATKINSON, HERRNSTEIN, LINDZEY y LUCE (eds.), *Stevens' Handbook of Experimental Psychology, vol. 2. Learning and Cognition*, New York, 1988.
SOBRAL FERNÁNDEZ, J.: «An enquiry into judicial decisions», en REDONDO, GARRIDO, PÉREZ y BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, pp. 227 y ss.
SOLÉ RIERA, J.: «La prueba de reconocimiento judicial», *Justicia*, 2001, pp. 45 y ss.
— *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, 1997.
STAHLMANN, G.: «Sozialwissenschaftliche Überlegungen zur zivilprozessualen Beweislehre», *JA*, 1978, pp. 157 y ss, 216 y ss y 268 y ss.
STEIN, F.: *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893.
— *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts*, Tübingen, 1928, p. 245.
STERN, W.: *Beiträge zur Pschologie der Aussage*, 1905, citado por MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 132.
STICKELBROCK, B.: *lnhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*, Köln, 2002.
SZLECHTER, E.: *Les lois sumériennes*, Roma, 1983.
TARUFFO, M.: «Certezza e probabilità nelle presunzioni», *Foro It.*, V, 1974, pp. 90 y ss.
— «Considerazioni sulle massime d'esperienza», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2009, pp. 551 y ss.
— *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1970.

— «La prueba de los hechos», trad. de J. Ferrer Beltrán de *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, Madrid, 2002.
— «La valutazione delle prove. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova», *Documenti Giustizia*, 1985.
— «Libero convincimento del giudice. (I Diritto processuale civile)», *Enc. giur. Treccani*, vol. 18, Roma, 1990, pp. 1 y ss.
— «Motivazione della sentenza. (III, Diritto processuale civile)», *Enciclopedia giuridica (Treccani)*, vol. 20, Roma, 1990, pp. 1 y ss.
— «Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2009, pp. 723 y ss.
— «Prove atipiche e convincimento del ciudice», *Riv. Dir. Proc.*, 1973, pp. 394 y ss.
— «Prova scientifica (Dritto processuale civile)», *Annali II*, t. I, pp. 965 y ss.
— «Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2006, pp. 451 y ss.
— *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.
Temming, D. (avec Lemke, M.; Julius, K.-P.; Krehl, C.; Kurth, H.-J., y Rartenberg, E. C.): *Strafprozeßordnung*, Heidelberg, 1995.
Thibaut y Walker: *Procedural Justice. A psychological Analysis*, New Jersey, 1975.
Torres Rosell, N.: *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991.
Trankell, A.: *Reconstructing de past: the role of psychologists in criminal trials*, Deventer, 1982.
Tribe, L. H.: «A further critique of mathematical Proof», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1810 y ss.
— «Trial by mathematics: Precision and Ritual in the legal process», *Harvard Law Review*, vol. 84, pp. 1329 y ss.
Troussov, *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, Moscú, 1965.
Tversky, A., y Kahneman, D.: «Causal Schemata in Judgments under Uncertainty», en Kahneman, Slovic y Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 117 y ss.
— «Extensional vs. Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment», *Psychological Review*, 1983, 90, 4, pp. 293 y ss.
— «Judgments of and by Representativeness», en Kahneman, Slovic y Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 84 y ss.
Tversky, A.; Sattah, S., y Slovic, P.: «Contingent weighting in judgement and choice», *Psychological Review*, 1988, 95, pp. 371 y ss.
Tversky, A., y Shafir, E.: «Choice under conflict: the dynamics of deferred decision», *Psychological Science*, 1992, 3, pp. 358 y ss.
— «The disjunction effect in choice under uncertainty», *Psychological Science*, 1992, 3, pp. 305 y ss.
Tversky, A., y Kahneman, D.: «Availability: A heuristic for judging frequency and probability», en Kahneman, Slovic y Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, 1982, pp. 163 y ss.
— «Evidential impact of base rates», en Kahneman, Slovic y Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, 1982, pp. 153-154.
UDE, «Freie Beweiswürdigung und freies richterliches Ermessen (zu § 259 und 260 etc., der CPO), *ZZP*, núm. 6 (1883), pp. 419 y ss.
Valbuena González, F.: «El crimen de Cuenca: la instrucción del proceso penal», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 21, 2007, pp. 427 y ss.
Valeije Álvarez, I.: «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento», en Carbonell, E. A., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Madrid, 2009, t. II, p. 1888.
Van Eemeren, F. H.; Grootendorst, R., y Snoeck Henkemans, F.: *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*, Buenos Aires, 2006.
Varela, C. A., *Valoración de la prueba. Procedimiento civil, comercial y penal*, Buenos Aires, 1999.

VELAYOS MARTÍNEZ, I.: «El derecho del imputado al silencio», *Justicia*, 1995, I-II, p. 90.
VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.
— «Las ideologías del proceso en un reciente ensayo», en AAVV (coord. MONTERO), *Proceso civil e ideología*, pp. 67 y ss.
VERGER GRAU, J.: «Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del jurado de 20 de abril de 1994», *Justicia*, 94, pp. 528-529.
— «Un interrogatorio cruzado y mágico», *Justicia*, 2000, núm. 1, pp. 3 y ss.
— «La Ley del jurado: problemas de aplicación práctica», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 45, Madrid, 2003, pp. 1023 y ss.
VESCOVI, E.: «Premisas para la consideracion del tema de la prueba ilícita. (Una contribución comparatista a la aproximación entre el "*civil law*" y el "*common law*"», *RDProc.*, 1970, núm. 2, pp. 341 y ss.
VON CANSTEIN, R. F.: «Die Grundlagen des Beweisrechts», *ZZP*, núm. 2 (1880), p. 306.
— «Die Grundlagen des Beweisrechts», *ZZP*, núm. 2 (1880), pp. 297-361.
VON JUSTI, J. H. G.: *Historische und juristische Schriften*, ed. Garbe, Frankfurt y Leipzig, 1760.
VON SAVIGNY, F. K.: «Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse», *Goltdammers Archiv*, 1858, pp. 469 y ss. También en *Archiv für Preußisches Strafrecht Bd. 6* (1858), pp. 471 y ss.
WACH, A.: «Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 14, 1872, pp. 331 y ss.
WALTER, G.: *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979.
WEBER, H.: *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Tübingen, 1997.
WEIMAR, R.: *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*, Basel, 1969.
WEINBERG, S. L.; KRULIK, S., y RUDNICK, J. A.: *Roads to reasoning: developing thinking skills through problem solving*, Chicago, 2002.
WHITMAN, J. Q.: *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London, 2005.
WRÓBLEWSKI, J.: *The judicial application of law*, Dordrecht, Boston, London, 1992.
— *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián, 1989.
WYSCHINSKI, A. Y.: *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowietischen Recht*, Berlin, 1955.